Der Ausgleich zwischen mehreren Sicherheitsgebern

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Werner Vahldiek
aus Braunschweig

Approbiert am 7. April 1938

Buchdruckerei und Verlag Max Danielewsky, Düren-Rhld.
1938

Referent: Univ.-Professor Dr. Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturvezeichnis.

Antweiler, Der Lombardkredit, in: Die Deutsche Bankwirtschaft, Bd. 3, 313, C, Berlin 1935—1938.

Barkhausen, Der gegenseitige Regreß mehrerer Sicherheitssteller für dieselbe Forderung, Diss. Leipzig 1906.

Bendix, Zur Lehre von dem gesetzlichen Übergang der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 25, S. 84 ff.

Biermann, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Abtlg. 1, Bd. 3, Sachenrecht, 2. Aufl., Berlin 1903; 3. Aufl., Berlin 1914.

Boethke, Eine Besprechung der Schrift Kremers, „Die Mitbürgschaft" in Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 47, S. 857 ff.

Braun-Melchior, Emilie, Gesetzlicher Rechtsübergang und Ausgleich bei mehrfacher Drittsicherung, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 132, S. 175 ff.

Breit, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach dem BGB, in Gruchots Beiträge, Bd. 48, S. 283 ff.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Bd., Rechte an Sachen und Rechten, Tübingen 1905.

Dalloz, Jurisprudence Générale: Griolet-Vergé, Codes Annotés: Tome troisième, Paris 1903—05.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1896.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, 2. Bd., Leipzig 1864.

—, Das bürgerliche Recht, 2. Bd., 2. Abtlg., bearbeitet von Raape, 4. Aufl., Halle a.d.Saale 1915.

—, Das Bürgerliche Recht, 3. Bd., 4. Aufl., Halle a.d.Saale 1908.

Deuble, Der Kontokorrentkredit in: Die Deutsche Bankwirtschaft, Bd. 3, 313, A, Berlin 1935—38.

—, Der Diskontkredit in: Die Deutsche Bankwirtschaft, Bd. 3, 313, B, Berlin 1935—38.

Dorst, Die gegenseitigen Beziehungen mehrerer Sicherheitssteller für die Verbindlichkeit eines Dritten nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. Leipzig 1912.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, Bd. IV, 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.

Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen, Berlin 1909.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Bd., 1. Abtlg., Sachenrecht, 8. u. 9. Aufl., Berlin 1905.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, bearbeitet von Lehmann, 12. Bearbtg., Marburg 1932; Bd. III, Sachenrecht, bearbeitet von Wolff, 9. Bearbtg., Marburg 1932.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung. Amtl. Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.

Eschle, Das Befriedigungsrecht des Bürgen, des nachstehenden Gläubigers, des Mieters und eines beliebigen Dritten gegenüber dem Hypothekengläubiger und die Wirkungen der Befriedigung. Diss. Greifswald 1918.

Evers, Ausgleichsansprüche zwischen Bürgen und Drittverpfändern, Diss. Rostock 1911.

Faß, Die Befriedigung des Hypothekengläubigers durch Bürgen, Ablösungsberechtigte und beliebige Dritte, Diss. Königsberg 1912.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Aufl., München 1902, 14. Aufl., München 1932.

Förster, Die Ausgleichung unter Mitbürgen und Dritteigentümern, Diss. Leipzig 1908.
Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I, Berlin 1902.
Gierke, von, Otto, Deutsches Privatrecht, II. Bd., Sachenrecht, Leipzig 1905.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Bd., Berlin1912.
Happek, Das Eintrittsrecht in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB, Diss. Erlangen, 1909.
Huther, Grundschuldbrief und Schuldurkunde, in Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft, Bd. 18, S. 66 ff.
Kipp-Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Bd., 9. Aufl., Frankfurt a. Main, 1906.
Koban, Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Rechte, Graz 1904.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1. Teil, Berlin 1906.
Kowalski, Die Grundschuld im modernen Grundbuchverkehr, in: Rechtsfragen der Praxis, Bd. 54, Leipzig und Berlin 1932.
—, Die Pfändung der Sicherungsgrundschuld in Juristische Wochenschrift 1934, S. 1837 ff.
Kremer, Die Mitbürgschaft mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld, Diss. Straßburg 1902.
Lang, Die Gesamthypothek, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 89, S. 251 ff.
Leichsering, Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung nach dem Rechte des BGB, Jenaer Diss. 1913.
Lippmann, Der Streit um das bessere Recht zwischen Bürgen und Drittverpfändern bei Insolvenz des Hauptschuldners, in Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, Bd. 51, S. 180 ff.
Lueg, Das Eintrittsrecht in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach Bürgerlichem Gesetzbuch, Diss. Heidelberg 1914.
Martinius, Entsprechende Anwendung des § 774, II im Falle des § 1225 BGB, in Deutsche Juristenzeitung 1903, S. 543 ff.
Marwitz, Bürgschaft, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von Stier-Somlo und Alexander Elster, 1. Bd., S. 855 ff., Berlin und Leipzig 1926.
Materialien, Die gesammelten, zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, herausgegeben und bearbeitet von B. Mugdan, Berlin 1899.
Merländer, Zahlungswirkung bei verschiedenartiger Forderungssicherung, Diss. Würzburg 1920.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtl. Ausgabe, Berlin-Leipzig 1888.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, I. Bd., 6. Aufl., Berlin 1912.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 2. Bd., Berlin 1909.
Obst, Geld-, Bank- und Börsenwesen, 30. Aufl., Stuttgart 1937.
Oellers, Der Ausgleich bei mehrfacher Forderungssicherung, Diss. Marburg 1926.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Abtlg., II. Buch, 1, Berlin 1928; II. Buch, 2, Berlin 1929.
Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch:
Planck-Siber, Recht der Schuldverhältnisse, Allgem. Teil, Bd. II, 1. Hälfte, 4. Aufl., Berlin 1914.
Planck-Strohal, Recht der Schuldverhältnisse, Bes. Teil, Bd. II, 2. Hälfte, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.
Planck-Brodmann-Strecker, Sachenrecht, Bd. III, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1920.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, im Auftrage des Reichsjustizamtes, bearbeitet von Dr. Achilles, Dr. Gebhard, Dr. Spahn, Berlin 1899.

Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, von Reichsgerichtsräten, Bd. II, 2, 8. Aufl., Berlin-Leipzig 1934, Bd. III, 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1934.

Rilk, Kommentar zum Wechselgesetz, Leipzig 1933.

Roth, Über das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen bei der Kontokorrentbürgschaft, in Leipziger Zeitschrift 1910, S. 355 ff.

Rudorff, Zu BGB §§ 426, 774, Abs. 2. Die Ausgleichsforderung des Bürgen gegen Mitbürgen, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 101, S. 403 ff.

Sellner, Zur Auslegung des § 1225 BGB, im Recht 1904, S. 477.

Siméon-David, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Hälfte, 14., 15. Aufl., Berlin 1928.

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, Bd. II, Bd. III, 6. Aufl., Stuttgart, Leipzig, Berlin 1937.

Schmidt, Unechte Solidarität, in Jherings Jahrbücher, Bd. 72, S. 1 ff.

Schneider, Der Ausgleich unter mehreren für eine Kontokorrentschuld haftenden Bürgen, in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Bd. 15, S. 1 ff.

Schneider, Otto, Die gegenseitigen Ersatzansprüche mehrerer Personen, die für dieselbe fremde Verpflichtung eingestanden sind. Diss. Leipzig 1911.

Schulz, Rückgriff und Weitergriff in den Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Professor Dr. Rudolf Leonhard, Heft 21, Breslau 1907.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch, III. Bd., bearbeitet von Gadow, 14. Aufl., Berlin und Leipzig 1933.

Staub-Stranz, Kommentar zum Wechselgesetz, 13. Aufl., Berlin und Leipzig 1934.

Staudinger, von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch:

Staudinger-Werner, Bd. II, RdSchuldv 1. Teil, 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1930.

Staudinger-Engelmann, Bd. II, RdSchuldv 3. Teil, 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1929.

Staudinger-Kober, Bd. III, Sachenrecht, 2. Aufl., München 1903.

—, Bd. III, Sachenrecht, 2. Teil, 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1929.

—, Bd. III, Sachenrecht, 2. Teil, 10. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1936.

Sternberg, Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung, in Gruchots Beiträge, Bd. 52, S. 545 ff.

Strohal, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigenden Gläubigers nach BGB, in Deutsche Juristenzeitung 1903, S. 373 ff.

—, Der gesetzliche Übergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen in neuer Beleuchtung, in Jherings Jahrbücher, Bd. 61, S. 59 ff.

Tacken, Der Ausgleichsanspruch des Mitbürgen nach dem Recht des BGB, Diss. Breslau 1907.

Tasse, Die Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Sicherungsverpflichteten nach Befriedigung des Gläubigers durch einen von ihnen. Diss. Halle 1931.

Wagner, Theoretische Sozialökonomik (Grundriß), Leipzig 1907.

Wandel, Das Verhältnis von Bürgen und Drittverpfändern untereinander, falls einer den Gläubiger befriedigt, Diss. Heidelberg 1909.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1930.

Weisbecker, Die Grundschuld in ihren Beziehungen zur persönlichen Forderung, München, Berlin, Leipzig 1922.

Winkler, Der Rückgriff unter Gesamtschuldnern, Diss. Marburg 1912.

Wüllenweber, Über die gegenseitigen Beziehungen mehrerer Sicherheitssteller für dieselbe Forderung, Diss. Breslau 1914.

Vermerk: Bei Kommentaren, die in der Arbeit ohne Angabe der Auflage angeführt werden, handelt es sich um die letzte Auflage.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung: Grundlagen und Plan der Arbeit 1
1. Allgemeines über die zu behandelnde Frage 1
2. Plan der Arbeit 4

I. Abschnitt: Das Verhältnis gleicher akzessorischer Sicherheiten . . 6
I. Mitbürgschaft 6
1. Der Gegensatz des Absatz 1, Satz 1 und des Absatz 2 des § 774 BGB 6
2. Die Lehre, die einen Übergang der Mitbürgschaften auf den den Gläubiger befriedigenden Bürgen in vollem Umfang annimmt . . 7
3. Die Lehre, die einen Übergang der Mitbürgschaften auf den den Gläubiger befriedigenden Bürgen zu gleichen Teilen annimmt . . 9
II. Gesamtpfand 14
1. Der Gegensatz des Satz 1 und des Satz 2 des § 1225 BGB . . . 14
2. Die Lehre, die einen Übergang der Pfandrechte der Mitverpfänder auf den den Gläubiger befriedigenden Verpfänder in vollem Umfang annimmt 14
a) Die Meinung, die eine Verwertung der übergegangenen Pfandrechte in vollem Umfang zuläßt 15
b) Die Meinung, die eine Verwertung der übergegangenen Pfandrechte nur nach gleichen Teilen zuläßt 17
3. Die Lehre, die einen Übergang der Pfandrechte der Mitverpfänder auf den den Gläubiger befriedigenden Verpfänder ablehnt . . 18
4. Die Lehre, die einen Übergang der Pfandrechte der Mitverpfänder auf den den Gläubiger befriedigenden Verpfänder zu gleichen Teilen annimmt 19
a) Die Meinung, die in Mitverpfändern Gesamtschuldner sieht . . 20
b) Die Meinung, die sich auf die Verweisung auf § 774 Abs. 2 BGB in § 1225 Satz 2 BGB stützt 21
5. Der Maßstab der Ausgleichung 22
III. Gesamthypothek 24
1. Die herrschende Lehre 24
2. Die Lehre Strohals 25
3. Die Lehre, die auf den den Gläubiger befriedigenden Eigentümer die auf dem Grundstück des anderen Eigentümers stehende Hypothek zu gleichen Teilen übergehen läßt 25
IV. Zusammenfassung 29

II. Abschnitt: Das Verhältnis ungleicher akzessorischer Sicherheiten . . 32
I. Pfand und Hypothek 32
1. Der Gegensatz des § 1225 Satz 1 BGB zum § 1143 Abs. 1 Satz 1 BGB 32
2. Die Lehre, die einen Übergang der Hypothek auf den den Gläubiger befriedigenden Verpfänder bzw. des Pfandrechts auf den Gläubiger befriedigenden Hypothekenbesteller ablehnt 33
3. Die Lehre, die einen Übergang der Hypothek auf den den Gläubiger befriedigenden Verpfänder bzw. des Pfandrechts auf den den Gläubiger befriedigenden Hypothekenbesteller zu gleichen Teilen annimmt 35
II. Pfand und Bürgschaft 38
1. Der Gegensatz des § 1225 Satz 1 BGB zum § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB 38
2. Die Lehre, die in vollem Umfang das Pfand auf den den Gläubiger befriedigenden Bürgen bzw. in voller Höhe die Bürgschaft auf den den Gläubiger befriedigenden Verpfänder übergehen läßt . . 39

3. Die Lehre, die dem Bürgen den Vorzug vor dem Verpfänder gibt 39
4. Die Lehre, die auf den den Gläubiger befriedigenden Bürgen das Pfand bzw. auf den den Gläubiger befriedigenden Verpfänder die Bürgschaft nach gleichen Teilen übergehen läßt 47
III. Hypothek und Bürgschaft 48
1. Der Gegensatz des § 1143 Abs. 1 Satz 1 BGB zum § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB 48
2. Die Lehre, die auf den den Gläubiger befriedigenden Bürgen im vollen Umfang die Hypothek bzw. auf den den Gläubiger befriedigenden Hypothekenbesteller in voller Höhe die Bürgschaft übergehen läßt 49
3. Die Lehre, die dem Bürgen den Vorzug vor dem Hypothekenbesteller gibt 49
4. Die Lehre, die auf den den Gläubiger befriedigenden Bürgen die Hypothek bzw. auf den den Gläubiger befriedigenden Hypothekenbesteller die Bürgschaft nach gleichen Teilen übergehen läßt . . 53
IV. Zusammenfassung 54
III. Abschnitt: Das Verhältnis akzessorischer und nicht akzessorischer Sicherheiten 56
I. Bürgschaft bzw. Hypothek bzw. Pfand und Grundschuld . . . 56
1. Die Ablehnung eines Ergebnisses, nach dem der Sicherheitsleistende, der den Gläubiger befriedigt, die Last allein zu tragen hat . . 56
2. Die Ansicht, die § 401 BGB auf die Grundschuld unmittelbar anwendet 57
3. Die Ansicht, die § 401 BGB auf die Grundschuld mittelbar anwendet 57
4. Die Darlegung der Gründe, aus denen der den Gläubiger befriedigende Grundschuldbesteller einen Anspruch auf Abtretung der Hauptschuld haben muß, mit der er die Bürgschaft bzw. die Hypothek bzw. das Pfand erwirbt 58
5. Die Darlegung der Gründe, aus denen „das Prinzip der Ausgleichspflicht nach gleichen Teilen" auch im Verhältnis Bürge bzw. Hypothekenbesteller bzw. Verpfänder—Grundschuldbesteller Anwendung finden muß 58
II. Bürgschaft bzw. Hypothek bzw. Pfand und Sicherungsübereignung . 59
1. Die Ablehnung eines Ergebnisses, nach dem der Sicherheitsleistende, der den Gläubiger befriedigt, die Last allein zu tragen hat . . 59
2. Die Prüfung der Frage, ob § 401 BGB auf das Sicherungseigentum anwendbar ist 60
3. Die Darlegung der Gründe, aus denen der den Gläubiger befriedigende Fiduziant einen Anspruch auf Abtretung der Hauptschuld haben muß, mit der er die Bürgschaft bzw. die Hypothek bzw. das das Pfand erwirbt 62
4. Die Darlegung der Gründe, aus denen „das Prinzip der Ausgleichspflicht nach gleichen Teilen" auch im Verhältnis Bürge bzw. Hypothekenbesteller bzw. Verpfänder—Grundschuldbesteller Anwendung finden muß 63
III. Bürgschaft bzw. Hypothek bzw. Pfand und Wechsel 63
1. Die Ablehnung eines Ergebnisses, nach dem der Sicherheitsleistende, der den Gläubiger befriedigt, die Last allein zu tragen hat . . 63
2. Die Prüfung der Frage, ob § 401 BGB auf den Wechsel anwendbar ist 65
3. Die Darlegung der Gründe, aus denen der den Gläubiger befriedigende Wechselverpflichtete einen Anspruch auf Abtretung der Hauptschuld haben muß, mit der er die Bürgschaft bzw. die Hypothek bzw. das Pfand erwirbt 66

4. Die Darlegung der Gründe, aus denen „das Prinzip der Ausgleichspflicht nach gleichen Teilen" auch im Verhältnis Bürge bzw. Hypothekenbesteller bzw. Verpfänder—Wechselverpflichteter Anwendung finden muß 66

IV. Zusammenfassung 67

Schluß 68

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533902_0051

Einleitung:

Grundlagen und Plan der Arbeit.

1. Einen wesentlichen Bestandteil im Leben der heutigen Volkswirtschaft stellt der Kredit dar. „Kredit ist das freiwillige Gewähren und Empfangen von Leistungen, im Vertrauen auf die Zusicherung künftiger Gegenleistung."[1]) Die Grundlagen eines Kredits sind Zahlungsfähigkeit, Zahlungswille und Zahlungszwang. Der Kredit beruht mithin auf dem Vertrauen, daß der Schuldner zahlen kann, zahlen will und nötigenfalls zahlen muß.

Überwiegend wird ein Kredit jedoch nicht nur auf Grund der Persönlichkeit des Kreditnehmers, des Vertrauens in seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und seine persönlichen Garantien (Personalkredit, ungedeckter Kredit oder Blankokredit), sondern auf Grund besonderer Sicherheiten gewährt (Realkredit). Regelmäßig wird der Kreditnehmer selbst Sicherheiten stellen. Sehr oft aber werden auf Verlangen des Kreditgebers oder weil der Kreditnehmer selbst keine Sicherheiten zur Verfügung stellen kann, diese von Dritten gegeben. In solchen Fällen kommt es recht häufig vor, daß verschiedene Dritte für denselben fremden Kredit Sicherheiten gewähren.

Dieses Zusammentreffen mehrerer Sicherheiten, die von verschiedenen Dritten für dieselbe Schuld bestellt wurden, hat in der Rechtslehre viele Streitfragen, — insbesondere ob die Sicherungsbesteller kraft Gesetzes einander zum Ausgleich verpflichtet sind — hervorgerufen und ist bereits Gegenstand mehrfacher, regelmäßig auch rechtsgeschichtlich[2]) weit zurückreichender Erörterungen gewesen. Jedoch ist in ihnen über die praktisch wichtigste Frage, ob und in welchem Umfang Dritte, die für dieselbe Forderung Sicherheiten bestellt haben, einander zum Ausgleich verpflichtet sind, wenn es an Vereinbarungen zwischen ihnen fehlt, eine Einigkeit nicht erzielt worden. Vielmehr gehen über sie nach wie vor die Meinungen auch der Erläuterungsbücher und der Rechtsprechung weit auseinander. Daher soll lediglich diese Rechtsfrage nochmals einer Untersuchung unterzogen und unter Darstellung des Standes der verschiedenen Meinungen versucht werden, eine allgemein gültige, weil für alle Beteiligten gleich gerechte und daher billige Lösung zu finden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt mehrere Arten von Sicherungen, die für fremde Schulden bestellt werden können: Bürgschaften und

---

[1]) Adolf Wagner, Theoretische Sozialökonomik, 1. Abt., 2. Kap., S. 35; vgl. ferner Obst, Geld-, Bank- und Börsenwesen, S. 212, 213.

[2]) Vgl. insbes. Tasse, Die Rechtsbeziehungen usw., S. 8 ff., 21 ff., 34 ff., 42 ff.; Kremer, Die Mitbürgschaft usw., S. 158 ff.; Barkhausen, Der gegens. Regreß usw., S. 5 ff., 11 ff., 30; Merländer, Zahlungswirkung usw., S. 10 ff., 13 ff.; Koban, Der Regreß usw., S. 129 ff.

Pfandrechte an Grundstücken, an beweglichen Sachen und an Rechten. Von den Pfandrechten an Grundstücken wird im heutigen Wirtschaftsverkehr in immer größerem Maße die Grundschuld zur Sicherung von Krediten verwandt. Ihre Eintragungen kommen denen der Hypotheken an Zahl gleich[3]). Das Pfandrecht an Rechten kann in dieser Arbeit mit dem an beweglichen Sachen gleichgesetzt werden, da nach § 1273 Abs. 2 BGB auf das Pfandrecht an Rechten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen entsprechende Anwendung finden[4]). Ebenso werden, um die Verhältnisse der verschiedenen Sicherheiten klar darstellen zu können und die Arbeit nicht unnötig mit weiteren, außerhalb ihr liegenden Schwierigkeiten zu belasten, die Fälle, in denen der Verpfänder nicht Eigentümer ist oder bleibt, ausgeschieden. In dieser Arbeit sind daher Eigentümer und Verpfänder, Grundeigentümer und Hypotheken- bzw. Grundschuldbesteller stets gleichbedeutend.

Außer den bisher genannten Sicherheiten werden im Wirtschaftsverkehr noch als Sicherungsmittel für fremde Schulden verwendet: das Sicherungseigentum und der Wechsel.

Die Sicherungsübereignung hat der Wirtschaftsverkehr sich selbst als ein Mittel der Kreditsicherung geschaffen, weil zur Verpfändung nicht wie zur Übereignung ein Besitzkonstitut, das den Sicherungsgeber im Besitz der regelmäßig unentbehrlichen Sachen beläßt, ausreicht. Regelmäßig wird allerdings Sicherungseigentum als Sicherheit von dem Kreditnehmer selbst gestellt[5]). Diese Fälle werden aber in der Arbeit nicht berücksichtigt, da in ihr nur die Verhältnisse von Sicherheiten, die durch Dritte bestellt wurden, behandelt werden.

Die Sicherung einer Schuld mittels Übernahme einer Wechselverbindlichkeit durch einen Dritten stellt einen vor allem im Bankkontokorrentkreditverkehr häufigen Vorgang dar. Zugunsten des Kreditgebers wird für dessen Forderung gegen den Kreditnehmer ein Wechsel akzeptiert, ausgestellt oder auch indossiert. Diese Wechsel werden nicht in Umlauf gesetzt, sondern von der Bank ins Depot genommen (daher auch Depotwechsel), die nur im Ernstfall von ihnen Gebrauch macht[6]). Dagegen dient der Kredit- oder Finanzwechsel erst der Geldbeschaffung. Ein Wechselverpflichteter erhält, nachdem sich ein kreditfähiger Dritter auf dem Wechsel verpflichtet hat, einen Kredit, für den mitunter weitere Sicherheiten bestellt werden[7]).

Bürgschaften, Hypotheken und Pfänder sind akzessorische Rechte, die mit der Schuld, die sie sichern, stehen und fallen.

---

[3]) Das Ausland, insbes. Amerika, bevorzugt die Eintragung von Grundschulden zur Sicherung von Forderungen vor der von Hypotheken. Bei uns ist die Entwicklung noch nicht abgeschlossen.

[4]) Ebenso Oellers, Der Ausgleich usw., S. 46; Evers, Ausgleichsansprüche usw., S. 25; Tasse, a.a.O., S. 6; Braun-Melchior im Arch.Ziv.Prax. Bd. 132, S. 175, A. 1.

[5]) Vgl. im einzelnen Antweiler, in: Die deutsche Bankwirtschaft Bd. III, 313, C, II, b; Deuble ebenda, 313, A, IV, c; Obst, S. 274, 275.

[6]) Vgl. Deuble, a.a.O., 313, A, IV, a, 2, 3.

[7]) Vgl. Deuble, a.a.O., 313, B, I, a, II.

Grundschuld, Sicherungseigentum und Wechsel sind nicht akzessorische Rechte. Sie setzen eine Forderung nicht voraus und sind, selbst wenn sie zur Sicherung einer Forderung bestellt werden, von dem Bestande der Forderung unabhängig.

Andererseits haben Bürgen und dritte Wechselverpflichtete eine persönliche Schuld auf sich genommen, indes Verpfänder und Besteller von Hypotheken und Grundschulden nur mit dem Pfandgegenstand haften.

Es werden daher folgende Zusammentreffen von Drittsicherheiten für dieselbe Forderung in der Arbeit berücksichtigt: Mehrere Bürgschaften, mehrere Hypotheken, mehrere Pfänder, Pfand und Hypothek, Pfand und Bürgschaft, Hypothek und Bürgschaft, Bürgschaft bzw. Hypothek bzw. Pfand und Grundschuld, Bürgschaft bzw. Hypothek bzw. Pfand und Sicherungseigentum, Bürgschaft bzw. Hypothek bzw. Pfand und Wechselverpflichtung.

Wenn mehrere Dritte für dieselbe Schuld Bürgschaft leisten, verwendet das Gesetz selbst in § 774 Abs. 2 BGB den Ausdruck „Mitbürgen". Demgemäß spricht man von „Mitbürgschaft". Für die Bestellung mehrerer Hypotheken für dieselbe Schuld hat das Gesetz in § 1132 BGB die Form und Bezeichnung der „Gesamthypothek" festgesetzt. Für das Zusammentreffen mehrerer Fahrnispfänder für dieselbe Schuld wählt man am besten den Ausdruck „Gesamtpfand" und für ihre Besteller die Bezeichnung „Mitverpfänder".

Den Ausdruck „Ausgleich" gebraucht das Gesetz weder im Bürgschafts- noch im Pfand- und Hypothekenrecht. Es wird nur in § 426 BGB für den Regreß unter Gesamtschuldnern verwendet. Seine Anwendung rechtfertigt sich jedoch im Verhältnis mehrerer Drittsicherer durch die Verweisung, die in den §§ 774, 1225 BGB auf den § 426 BGB erfolgt ist. Es handelt sich in diesen wie auch den anderen Fällen darum, ob zwischen mehreren Drittsicherern für dieselbe Schuld der wirtschaftliche Schaden „ausgeglichen" wird, den der von ihnen erleidet, der den Gläubiger befriedigt. Wird der Kreditgeber, dessen Forderung durch Bürgschaften, Hypotheken und Pfandrechte gesichert ist, durch einen dieser Sicherungssteller befriedigt, so geht auf ihn nach den §§ 774, I, 1, 1143, I, 1, und 1225 S. 1 BGB die Hauptschuld über. Es findet also ein gesetzlicher Forderungsübergang statt. Daher müßten nach dem Wortlaut des Gesetzes gemäß den §§ 412, 401 BGB mit der Hauptschuld die für sie bestehenden Hypotheken, Pfandrechte und Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft in vollem Umfang übergehen. Anscheinend erhält also kraft Gesetzes der, der den Gläubiger befriedigt, vollen Ausgleich von den anderen Sicherheiten.

Für einige der eben angegebenen Fälle, nämlich die Mitbürgschaft, die Gesamthypothek und das Gesamtpfand scheinen die §§ 774 Abs. 2, 1143 Abs. 2 in Verbindung mit 1173, 1225 S. 2 BGB Ausnahmen von der Regelung der §§ 412, 401 BGB vorgesehen zu haben.

In dem Falle des Zusammentreffens von einer Bürgschaft bzw. einer Hypothek bzw. eines Pfandrechts mit einer Grundschuld oder einem

Sicherungseigentum oder einer Wechselverpflichtung erwerben gemäß den §§ 774 Abs. 1 S. 1, 1143 Abs. 1 S. 1, 1225 S. 1 BGB der Bürge bzw. Hypothekenbesteller bzw. Verpfänder die Hauptforderung bei Befriedigung des Gläubigers. Aber ein Übergang der Grundschuld bzw. des Sicherungseigentums bzw. der Wechselverpflichtung scheint nach dem Wortlaut der §§ 412, 401 BGB nicht zu erfolgen. Andererseits sind keine Bestimmungen ersichtlich, die vorsehen, daß der den Gläubiger befriedigende Besteller einer Grundschuld bzw. eines Sicherungseigentums bzw. einer Wechselverpflichtung die Hauptforderung erwirbt. Auf ihn könnten also auch die Rechte des befriedigten Gläubigers aus einer Bürgschaft bzw. einer Hypothek bzw. einem Pfand nicht übergehen. Anscheinend hat also in diesen Verhältnissen der, der den Gläubiger befriedigt, keinen Ausgleichsanspruch kraft Gesetzes.

Alle diese Rechtsfragen bedürfen in der Arbeit einer Untersuchung.

Dagegen ergeben sich keine Rechtsfragen dieser Art, wenn für verschiedene Forderungen oder auch verschiedene Teile einer Forderung je eine Sicherheit von Dritten bestellt ist. Denn jede Sicherheit haftet für eine andere Forderung oder einen anderen Teil derselben Forderung nach Maßgabe der übernommenen Verpflichtung.

Diese in der Rechtslehre und Praxis denn auch nie in Zweifel gezogenen Fälle bedürfen daher in der Arbeit keiner weiteren Berücksichtigung oder näheren Erörterung.

2. Die Arbeit wird danach eingestellt, ob gleiche oder ungleiche akzessorische Sicherheiten zusammentreffen und in einem besonderen Abschnitt wird dann das Verhältnis von akzessorischen zu nicht akzessorischen Sicherheiten behandelt.

Innerhalb dieser Gruppen ist zu beachten, ob die betreffenden Sicherungen persönlicher oder dinglicher Art sind. Dagegen kann nach diesem Gesichtspunkt die Arbeit nicht eingeteilt werden, wie es bei Tasse[8]) der Fall ist. Er unterscheidet zwischen gleichartigen und verschiedenartigen „Sicherungsverpflichteten" und unter jenen, ob völlig gleiche oder verschiedene Sicherungen zusammentreffen.

Dadurch behandelt Tasse unter den gleichartigen „Sicherungsverpflichteten" neben den völlig gleichen Sicherungen wie Mitbürgschaft, Gesamthypothek und Gesamtpfand, die ungleichen Sicherheiten Pfand und Hypothek.

Auf diese Weise wird jedoch ein Zusammentreffen von zwei Sicherheiten, das im bürgerlichen Recht keine besondere Regelung gefunden hat, zusammen mit ausdrücklich geregelten Verhältnissen geprüft. In dem folgenden Abschnitt der ungleichartigen „Sicherungsverpflichteten" werden dann von Tasse die übrigen im Gesetz nicht besonders geregelten Zusammentreffen von „Sicherungsverpflichteten" untersucht.

Abgesehen davon, daß es nicht darauf ankommt, ob die „Sicherungsverpflichteten", sondern höchstens, ob die Sicherungen gleicharti-

[8]) S. 7.

oder verschiedenartig sind, ist ein derartiges Auseinanderreißen einer vom Gesetz selbst gegebenen Einteilung verfehlt. Auch bei Beachtung dieser Einteilung kann die rechtliche Verschiedenheit der Sicherungen genügend berücksichtigt werden.

Ferner läßt Tasse ebenso wie die übrigen Schriftsteller, die das Verhältnis mehrerer Drittsicherheiten untersuchen, das Verhältnis der akzessorischen zu den nicht akzessorischen Sicherheiten völlig unberücksichtigt.

Bei der Prüfung des Verhältnisses mehrerer Sicherheiten, die von Dritten für dieselbe Forderung gestellt sind, wird von dem Verhältnis gleicher akzessorischer Sicherheiten ausgegangen, da es eine besondere gesetzliche Regelung gefunden hat. Dann ist das gesetzlich nicht besonders geregelte Zusammentreffen von ungleichen akzessorischen Sicherheiten zu untersuchen und zwar zunächst von Pfand und Hypothek, da es sich zwar nicht mehr um gleiche, aber noch um gleichartige Sicherheiten bei ihnen handelt. Schließlich wird in einem letzten Abschnitt das Verhältnis von akzessorischen zu nicht akzessorischen Sicherungen untersucht.

Bei jedem Verhältnis war zu Beginn der Erörterungen kurz darauf hinzuweisen, daß für eine Ausgleichungspflicht unter den Sicherheitsbestellern in erster Linie die getroffenen Vereinbarungen maßgebend sind, und die folgenden Darlegungen daher nur eingreifen, soweit solche nicht vorliegen.

I. Abschnitt: Das Verhältnis gleicher akzessorischer Sicherheiten.

I. Mitbürgschaft.

Die Ausgleichsansprüche von Mitbürgen gegeneinander richten sich in erster Linie nach den zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen. Durch diese kann das Recht, eine Ausgleichung zu verlangen, auch völlig ausgeschlossen sein. Der eine Bürge trägt dann im Verhältnis zu seinen Mitbürgen die ganze Schuld[1]).

Die Pflicht zu einer bestimmten Ausgleichung unter Mitbürgen braucht nicht ausdrücklich bestimmt zu sein. Sie kann sich auch aus den ganzen Umständen, insbesondere aus dem Zweck und Inhalt eines zwischen den Mitbürgen bestehenden Rechtsverhältnisses ohne weiteres ergeben[2]).

Nur wenn und soweit der Bürge, der den Gläubiger befriedigt, nach den Vereinbarungen oder den Umständen von seinen Mitbürgen Ausgleichung verlangen kann, erwirbt er die Rechte des Gläubigers gegen jene (§§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 2 BGB).

1. Wenn es an Vereinbarungen zwischen den Mitbürgen fehlt und auch aus den Umständen sich nichts für eine bestimmte Ausgleichspflicht ergibt, scheint der Bürge, der den Gläubiger befriedigt, von seinen Mitbürgen vollen Ausgleich fordern zu können. Denn nach dem Wortlaut der §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB müßten auf ihn mit der Hauptschuld auch die Forderungen des Gläubigers gegen seine Mitbürgen in voller Höhe übergehen. An diesen könnte er sich demnach schadlos halten. Dem schließlich in Anspruch genommenen Mitbürgen stände das gleiche Recht gegen die übrigen Mitbürgen zu. Einer von ihnen müßte, falls er nicht noch vom Hauptschuldner Zahlung erlangt, den Schaden endgültig tragen.

Eine derartige Regelung würde aber mit den allgemeinen Grundsätzen über die Ausgleichspflicht von Gesamtschuldnern nicht im Einklang stehen, deren Anwendung auf das Innenverhältnis von Mitbürgen man erwartet, da diese ihren Gläubigern gemäß § 769 BGB als Gesamtschuldner haften.

Das Gesetz hat nun in § 774 Abs. 2 BGB ausdrücklich bestimmt, daß Mitbürgen einander nur nach § 426 BGB haften sollen.

---

[1]) Z.B. weil für ihn, der materiell der Schuldner ist, ein anderer als Hauptschuldner und noch ein anderer als weiterer Bürge eintrat.

[2]) Z.B. stehen im Zweifel Gesellschafter, die sich für eine Schuld ihrer Gesellschaft verbürgen, nach ihrer Beteiligung an der Gesellschaft einander ein. Vgl. im einzelnen Düringer-Hachenburg, IV, § 349, A. 43; Staub-Gadow, III, § 349, A. 49, a, α; insbes. Planck-Strohal, II, 2, § 774, 7, b mit eingehendem Literaturnachweis.

Aus dieser Bezugnahme auf § 426 BGB in § 774 Abs. 2 BGB müßte sich ergeben, daß kraft Gesetzes Mitbürgen einander nach gleichen Teilen haften (§ 426 Abs. I BGB) und auch nur insoweit auf den Bürgen, der den Gläubiger befriedigt, dessen Rechte gegen seine Mitbürgen übergehen (§ 426 Abs. 2 BGB).

Danach würde ein Übergang der Rechte des Gläubigers gegen die Mitbürgen auf den befriedigenden Bürgen überhaupt nicht in voller Höhe gemäß den §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB erfolgen.

2. Dies ist von Kremer im Gegensatz zur herrschenden Auffassung bestritten worden[3]).

Er will auf den befriedigenden Bürgen gemäß § 774 Abs. 1 S. 1 BGB i.Verb. m. den §§ 412, 401 BGB auch die Forderungen des Gläubigers gegen die anderen Mitbürgen in voller Höhe übergehen lassen.

Kremer führt aus, der zahlende Bürge trete nicht als Gesamtschuldner des Mitbürgen in die Forderung des Gläubigers gegen diesen ein. Der Eintritt erfolge vielmehr als notwendige Folge seiner Subrogation in die Forderung gegen den Hauptschuldner. Denn mit dieser Hauptforderung müßten nach § 401 BGB, der gemäß § 412 BGB auch auf Fälle gesetzlicher Forderungsübertragung, wie § 774 Abs. 1 BGB, gleichfalls Anwendung findet, alle Nebenrechte schon dem Begriff nach ausnahmslos und ohne Einschränkung übergehen. Daher könne die für Gesamtschuldner getroffene Bestimmung in § 426 Abs. 2 BGB gemäß § 774 Abs. 2 BGB nicht für Mitbürgen gelten. Vielmehr beziehe sich § 774 Abs. 2 BGB, da der Bürge die Ansprüche gegen seine Mitbürgen schon nach den §§ 774, I, 412, 401 BGB erwerbe, nur auf § 426 Abs. 1 BGB. Der § 774 Abs. 2 BGB schränke lediglich den Umfang der Haftung ein. Er sage, was mit der übergegangenen Forderung zu erreichen sei. Der in Anspruch genommene Mitbürge erhalte die Einwendung, daß er nach dem Innenverhältnis zu weniger verpflichtet sei.

Zum Beweis führt Kremer an: „Es wäre auffallend, wenn dieser regelmäßig stattfindende Übergang der Nebenrechte" (nämlich nach den §§ 412, 401 BGB), „um dessentwillen doch gerade die Bestimmung des § 774, I getroffen ist, hier ausnahmsweise eingeschränkt werden sollte. Es ist mit dem Bürgschaftsbegriff kaum vereinbar, daß die Bürgschaftsschuld infolge von Zahlung teilweise untergehen soll, während daneben die Hauptschuld in ihrem ganzen Umfang ohne Hemmung ihrer Wirksamkeit fortbesteht. Den Totalübergang der Nebenforderungen setzt auch § 774, II BGB in der Tat voraus. Die Bestimmung ist schon der Fassung nach offenbar eine Abs. 1 nicht teilweise aufhebende, sondern nur modifizierende und eng zu interpretieren."[4])

Koban[5]) schließt sich diesen Ausführungen von Kremer an, obwohl er noch kurz vorher[6]) bei der Besprechung der Verhältnisse im öster-

[3]) a.a.O., S. 202, 203.
[4]) S. 202, 203.
[5]) S. 174 A. 2 a.E.
[6]) S. 169.

reichischen Recht erklärt, im deutschen Recht erfolge die Subrogation eines Bürgen in die Rechte des Gläubigers gegen seine Mitbürgen „nach § 426 Abs. 2 ohnehin nur in dem Umfang, in welchem dem zahlenden Bürgen nach § 426 Abs. 1 der selbständige Ausgleichsanspruch zusteht."

Das von Koban angeführte Beispiel[7]), das auf eine Anregung Kremers zurückgeht und seinen Meinungswechsel veranlaßt, ist unglücklich gewählt. Es zeigt letzten Endes lediglich, daß mehrere Grundbucheintragungen erforderlich werden, wenn eine Hypothek, die für die Bürgschaftsschuld eines von drei Mitbürgen eingetragen ist, auf den bezahlenden Bürgen zu einem Drittel umgeschrieben und dann wider Erwarten vor der Ausgleichung der dritte Bürge zahlungsunfähig wird. Dann muß die Hypothek bis zur Hälfte auf den Bürgen umgeschrieben werden. Dieses Erfordernis eines überhaupt seltenen Falles, das auch grundbuchtechnisch keine Schwierigkeit bereitet, ist keineswegs geeignet, grundsätzlich eine Ansicht, die von der Kremers abweicht, zu Fall zu bringen.[8]) Ebenfalls ist der Umstand, daß bis zu der weiteren Umschreibung der Bürge bereits als bis zur Hälfte in die Hypothek eingetreten gilt, nicht dazu geeignet. Auch der Erbe steht mit dem Erbfall nicht sofort im Grundbuch.

Boethke[9]) ist in einer Besprechung der Dissertation Kremers dessen Ausführungen beigetreten.

Schließlich vertritt noch Stammler[10]) die Ansicht von Kremer.

Weitere Anhänger hat die Lehre Kremers nicht gefunden. Sie ist inzwischen in allen Punkten widerlegt worden.

Gegen Kremer spricht zunächst der Wortlaut des § 774 Abs. 2 BGB, der ausdrücklich auf den ganzen § 426 BGB und damit auch auf dessen Abs. 2 hinweist.

Ferner folgt die Unrichtigkeit der Auffassung Kremers aus der Entstehungsgeschichte der §§ 774, 426 BGB[11]). Der Abs. 1 des § 676 des ersten Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, aus dem später § 774 BGB entstanden ist, verwies bereits auf den Abs. 2 des § 337, der dem jetzigen Abs. 2 des § 426 BGB entsprach. (Die gleichzeitige Bezugnahme auf den Abs. 3 des § 337, der dem jetzigen Abs. 1 S. 2 des § 426 BGB entsprach, ist für diese Erörterung ohne Bedeutung.). Ebenfalls wird bereits in den Motiven unter § 676 ausdrücklich hervorgehoben[12]), „in betreff der mit der Forderung verbundenen, in der Haftung von Mitbürgen bestehenden Nebenrechte gelten die Vorschriften des § 337 Abs. 2 und Abs. 3. Der Übergang dieser Rechte findet nur insoweit statt, als das Prinzip, wonach die Bürgen als Gesamtschuldner haften und demzufolge die angeführten Bestimmungen des § 337 es gestatten".

---

[7]) S. 174 A. 2.
[8]) Hierauf weist auch Schulz, Rückgriff und Weitergriff, S. 46 A. 1, hin.
[9]) Gruchot, Bd. 47, S. 859.
[10]) D. R. d. Schuldv. usw., S. 203.
[11]) Hierauf hat in einer ausführlichen Untersuchung im Arch. für bürgerl. Recht, Bd. 25, S. 86 ff., zuerst Bendix hingewiesen. Vgl. im einzelnen diese.
[12]) Bd. 2, S. 674.

Kremer übersieht, daß gerade durch die Bezugnahme des § 774 Abs. 2 BGB auf § 426 BGB eine Anwendung des § 774 Abs. 1 BGB und damit des Grundsatzes der §§ 412, 401 BGB auf das Verhältnis von Mitbürgen ausgeschlossen wird[13]). Tacken[14]) hat als Beweis hierfür bereits zutreffend auf das Wort „nur" in § 774 Abs. 2 BGB hingewiesen. Das Gesetz betont aber weiterhin ausdrücklich, daß Mitbürgen „einander nur" nach § 426 BGB haften sollen. Damit ist aber klar und deutlich zum Ausdruck gebracht, daß ihre Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis sich ausschließlich nach § 426 BGB regeln.

Mit Recht stellen Evers[15]) und Oellers[16]) fest, daß Kremer den Beweis für die Richtigkeit seiner Behauptungen schuldig geblieben ist und sich in der Hauptsache mit allgemeinen Redewendungen begnügt hat. Seine Ansicht kann als überwunden angesehen werden.

3. Vielmehr muß der herrschenden Lehre darin zugestimmt werden, daß die §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB für den Fall der Mitbürgschaft ausscheiden und auf den befriedigenden Bürgen im Zweifel kraft Gesetzes nur ein teilweiser Übergang der Rechte des Gläubigers gegen seine Mitbürgen stattfindet.

Jedoch haben die Anhänger der herrschenden Lehre, die in diesem Ergebnis alle übereinstimmen, bei der Begründung ihrer Meinungen eine Einigkeit über den Umfang der Bezugnahme des § 774 Abs. 2 BGB auf § 426 BGB auch nicht erzielen können.

Die einen[17]) erblicken in der Verweisung des § 774 Abs. 2 BGB eine Bezugnahme auf den ganzen § 426 BGB. Für sie ergibt sich daher aus § 774 Abs. 2 BGB nicht nur, daß ein Übergang der Rechte des Gläubigers gegen die Mitbürgen auf den zahlenden Mitbürgen lediglich insoweit stattfindet, als eine Ausgleichspflicht besteht (§ 426 Abs. 2 BGB), sondern sie sehen in § 774 Abs. 2 BGB auch die Anordnung für Mitbürgen, sich im Zweifel kraft Gesetzes zu gleichen Teilen auszugleichen (§ 426 Abs. 1 BGB).

Die anderen[18]) meinen, die Verpflichtung der Mitbürgen, sich kraft Gesetzes im Verhältnis zueinander gemäß § 426 Abs. 1 BGB auszuglei-

---

[13]) Evers, S. 11.
[14]) Der Ausgleichsanspruch usw., S. 37.
[15]) S. 11.
[16]) S. 13.
[17]) Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen, S. 514, insbes. A. 562; Barkhausen, S. 10 a.E.; Förster, Die Ausgleichung usw., S. 13; Tacken, S. 36, 37; Marwitz, HWBdRW, Bd. 1, S. 860; Martinius, D.J.Z. 03, S. 543; Bendix, S. 87 ff.; R. Schmidt, Jh.Jb. Bd. 72, S. 96, cc, 98; Schulz, S. 45, S. 68 insbes. A. 2, S. 70; Breit, Gruchot, Bd. 48, S. 285, S. 292, S. 293; Rudorff, Arch.Ziv.Prax., Bd. 101, S. 403; Schneider, Holdh.M.Schr. Bd. 15, S. 2; Enneccerus, II, § 191, I, 3; Enneccerus, III, § 140, V, 1, § 148, VI, A. 22, § 160, III; Staudinger-Engelmann, II, 3, § 774, 6, a; Planck-Strohal, II, 2, § 774, 7; Warneyer, I, § 774, V; Oertmann; II, 2, § 774, 3, a; Soergel, III, § 1225, 2; Kipp-Windscheid, II, § 481, 3, A. 1; Siméon-David, I, § 78, 3, 6, A. 4.
[18]) Sternberg, Gruchot, Bd. 52, S. 546; Braun-Melchior, S. 189; Merländer, S. 50 ff.; Tasse, S. 18, 19; Strohal, Jh.Jb. Bd. 61, S. 94 ff., insbes. S. 97; RGRK,

chen, folge schon aus dem § 769 BGB. Hierfür bedürfe es keiner besonderen Bestimmung mehr. Dagegen ergebe sich aus § 769 BGB noch keineswegs die Anwendbarkeit des § 426 Abs. 2 BGB auf das Verhältnis von Mitbürgen. Denn der Abs. 2 des § 426 BGB stehe im Gegensatz zu dem zunächst für Bürgen in Betracht kommenden § 774 Abs. 1 S. 1 BGB, nach dem die §§ 412, 401 BGB zur Anwendung gelangen müßten. Dieser Gegensatz werde nun gelöst durch den § 774 Abs. 2 BGB, indem er die Geltung der §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB einschränke und den Übergang von Bürgschaften auf den den Gläubiger befriedigenden Bürgen von dem zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnis abhängig mache. Allein hierin, in der Ausnahme von den §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB, liege die Bedeutung des Abs. 2 des § 774 BGB, der lediglich auf § 426 Abs. 2 Bezug nehme und keine Ausgleichspflicht kraft Gesetzes unter Mitbürgen begründe. Für diese, die bereits aus § 769 BGB folge, sei er vielmehr überflüssig.

Planck-Brodmann gehen in der Auslegung der §§ 769, 774, II BGB noch einen Schritt weiter[19]). Nach ihnen verweist § 769 BGB auch auf den Abs. 2 des § 426 BGB. Nicht durch die Bezugnahme des § 774 Abs. 2 BGB auf § 426 BGB werde angeordnet, daß ein den Gläubiger befriedigender Bürge dessen Rechte gegen seine Mitbürgen nur insoweit erwerbe, als er einen Ausgleichsanspruch habe. Dies ergebe sich vielmehr allein aus dem § 769 BGB und dem nach ihm anwendbaren § 426 BGB. Denn der Abs. 2 des § 774 BGB habe überhaupt nur negative Bedeutung und besage lediglich, daß an der Bestimmung des § 769 BGB durch den Abs. 1 des § 774 BGB nichts geändert werden solle. Er bestimme nicht etwa, daß die Mitbürgen nach § 426 BGB einander haften, sondern er betone, daß sie nur (nämlich nach § 769 BGB) so haften.

Diese weitergehende Ansicht von Planck-Brodmann wird auch von Tasse[20]) gebilligt. Er widerspricht sich aber insofern, als er ausführt[21]), daß durch § 774 Abs. 2 BGB dem § 769 BGB seine volle Wirkung, die er ohne ihn nach § 774 Abs. 1 BGB verloren hätte, „wiedergegeben" werden solle, und andererseits darauf hinweist, die Bestimmung des § 774 Abs. 2 BGB bestehe, um die Verweisung des § 769 BGB auf § 426 Abs. 2 BGB „auszudehnen". Tasse hätte von seinem Standpunkt aus vielmehr sagen müssen, die Aufgabe des § 774 Abs. 2 sei, die Verweisung des § 769 BGB auf den § 426 Abs. 2 BGB zu erhalten. Vor allem

---

II, 2, § 774, 5; III, § 1225, 2; grundsätzlich auch Oellers, S. 14 a.E., S. 15, der aber auf S. 36 erklärt, „die bereits in § 769 BGB ausgesprochene gesamtschuldnerische Haftung der Bürgen sei im § 774 Abs. 2 BGB wiederholt"; ebenso Evers, S. 19; Dorst, D. gegens. Beziehungen usw., S. 32, S. 39, 68.

[19]) III, § 1225, 2 c; ganz deutlich wird in ihren Ausführungen der weitgehende Unterschied ihrer Auffassung von der der soeben dargelegten erst durch den ausdrücklichen Hinweis, daß der innere Zusammenhang der Bestimmungen ein anderer sei, als diese annehme und durch das völlig andere Ergebnis, zu dem sie bei der Prüfung der Bedeutung der Bezugnahme des § 1225 S. 2 BGB auf § 774 BGB gelangen. Vgl. S. 15 der Arbeit.

[20]) S. 19.

[21]) S. 18 Abs. 3.

hätte er, da doch für ihn wie für Planck-Brodmann — worauf er auch ausdrücklich hinweist — der § 774 Abs. 2 BGB nur „negative Bedeutung" hat, nicht aus ihm[22]), sondern aus § 769 BGB i. Verb. m. § 426 Abs. 2 BGB ableiten müssen, daß ein Bürge, der den Gläubiger befriedigt, dessen Rechte gegen seinen Mitbürgen nur soweit erwerbe, als er einen Ausgleichsanspruch habe.

Tasse unterlaufen diese Versehen, weil er nicht erkennt, daß Planck-Brodmann einen Schritt weitergehen als die unter 3a dargelegte Meinung (deren Vertreter er einfach mit ihnen zusammen aufführt) und im Gegensatz zu dieser den § 774 Abs. 2 BGB noch nicht einmal auf den § 426 Abs. 2, sondern nur den § 769 BGB auf den ganzen § 426 BGB verweisen lassen. Tasse stimmt daher einerseits Planck-Brodmann zu und folgt doch andererseits den Schlußfolgerungen der anderen Schriftsteller. Bei der Auslegung des § 1225 S. 2 BGB verläßt übrigens Tasse völlig die Ansicht Planck-Brodmanns[23]).

Der Meinung, die in § 774 Abs. 2 BGB eine Bezugnahme auf den ganzen § 426 BGB sieht, ist der Vorzug zu geben.

Die Ansicht, nach der § 774 Abs. 2 BGB lediglich auf § 426 Abs. 2 BGB verweisen und § 769 BGB bereits die Pflicht für Mitbürgen zum Ausgleich gemäß § 774 Abs. 1 BGB enthalten soll, kann nicht als zutreffend anerkannt werden.

Zunächst spricht gegen sie der klare Wortlaut des Gesetzes. Nicht der § 769 BGB, sondern der Abs. 2 des § 774 BGB verweist auf § 426 BGB und zwar auf den gesamten § 426 BGB.

Ferner folgt die Unrichtigkeit dieser Ansicht aus der Entstehungsgeschichte der §§ 769, 774, 426 BGB[24]).

Allerdings nahm § 676 Abs. 1 des ersten Entwurfs, aus dem später der § 774 BGB entstanden ist, nicht auf § 337 Abs. 1, der dem jetzigen Satz 1 des Abs. 1 des § 426 entsprach, Bezug. Aber, wie schon aus den Protokollen hervorgeht[25]), wurde schon in der Kommission die Änderung beantragt: Mitbürgen haften dem Bürgen, der den Gläubiger befriedigt hat, nach Maßgabe des § 337.

Mag auch, wie in den Protokollen gleichfalls vermerkt ist, aus Anlaß des Antrages auf Änderung des § 676 des ersten Entwurfs auf die lediglich redaktionelle Bedeutung, daß der Antrag den § 337 ganz (also auch Abs. 1), der erste Entwurf dagegen nur den § 337 Abs. 2, 3 für anwendbar erklärt, hingewiesen und bemerkt worden sein, daß sich die Anwendbarkeit des § 337 Abs. 1 auch im ersten Entwurf aus § 673, der dem § 769 BGB entsprach, von selbst „ergebe".

Jedenfalls verwies der § 713 des zweiten Entwurfs im Gegensatz zu § 676 des ersten Entwurfs auf den ganzen § 369, der dem § 337 des

---

[22]) S. 18 Abs. 3 a.E.

[23]) Vgl. Anm. 47 dies. Abschn.

[24]) Vgl. Bendix, Arch.,für bürgerl. Recht, Bd. 25, S. 86 ff.; Braun-Melchior, Arch.Ziv.Prax., Bd. 132, S. 195.

[25]) Mugdan Bd. 2, S. 1027.

ersten Entwurfs entsprach, also auch auf den einen gesetzlichen Ausgleich zu gleichen Teilen vorsehenden Abs. 1 S. 1 dieser Vorschrift.

Der § 713 des zweiten Entwurfs bestimmte nunmehr ausdrücklich, was bis dahin aus dem § 673 des ersten Entwurfs nur im Wege der Auslegung gefolgert worden war, wie der Antrag in der Kommission auch betonte.

Eine Untersuchung, ob nicht auch noch aus § 709 des zweiten Entwurfs, der dem bereits genannten § 673 des ersten Entwurfs und dem § 769 BGB entsprach, eine Anwendbarkeit des § 369 Abs. 1 folge, ist niemals angestellt worden. Sie wäre auch müßig gewesen. Denn die Bestimmung des § 713 des zweiten Entwurfs war eindeutig genug. Seine Aufgabe war es nunmehr, abschließend das Innenverhältnis von Mitbürgen zu regeln. Weder aus dem § 673 des ersten Entwurfs oder gar dem § 769 des zweiten Entwurfs, die dem § 769 BGB entsprachen, ist irgend etwas zu entnehmen, das auch nur die Vermutung rechtfertigen würde, daß diesen Vorschriften jene Aufgabe zugedacht gewesen sei. Verwiesen haben sie überhaupt nie auf § 337 des ersten bzw. § 369 des zweiten Entwurfs.

Im Gegenteil wird in den Motiven[26]) unter § 673 nur von der Haftung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger gesprochen. Ausdrücklich heißt es am Schluß dieser Ausführungen[27]), daß „in Ansehung des Regresses unter den mehreren Mitbürgen im Hinblick auf § 337 eine besondere Vorschrift entbehrlich ist." Hierdurch ist auch deutlich zum Ausdruck gekommen, daß auch der erste Entwurf in seinem § 673 niemals daran gedacht hat, das Innenverhältnis von Mitbürgen zu regeln.

Daher ist es überflüssig, Betrachtungen anzustellen, ob sich nicht aus § 769 BGB eine Anwendbarkeit des § 426 Abs. 1 BGB auf das Innenverhältnis von Mitbürgen ergebe. Denn § 774 Abs. 2 BGB nimmt klar und deutlich auf ihn Bezug. Es sind keine Gründe ersichtlich, die Veranlassung geben, aus einer Vorschrift, nämlich § 769 BGB, im Wege der Auslegung die Anwendbarkeit einer anderen Vorschrift, nämlich des § 426 Abs. 1 zu folgern, deren Anwendung das Gesetz selbst im § 774 Abs. 2 BGB unmittelbar anordnet.[28]).

Die Bestimmung des § 769 BGB, daß Mitbürgen ihren Gläubigern gegenüber als Gesamtschuldner haften, erlaubt dem Leser lediglich zu vermuten, daß dann für das Innenverhältnis der Mitbürgen auch der § 426 BGB maßgebend sein werde. Diese Vermutung findet in der Anordnung des § 774 Abs. 2 BGB ihre Bestätigung. Aber allein diese Vorschrift liefert die Begründung und den Beweis, daß Mitbürgen im Innenverhältnis gemäß § 426 BGB haften. Nur wenn § 774 Abs. 2 BGB

---

[26]) S. 666 ff. in Bd. II.

[27]) S. 667 ebenda.

[28]) Es sei denn, daß dem § 774, II BGB, um bei der Erörterung des § 1225 S. 2 BGB zu einem bestimmten Ergebnis zu kommen, gewaltsam eine gewisse Bedeutung unterstellt werden soll. Dieses Eindrucks kann man sich denn auch angesichts der Begründungen der bekämpften Meinungen für ihre Auslegung des § 1225 S. 2 BGB nur schwer erwehren. Vgl. S. 15 und S. 18 der Arbeit.

überhaupt nicht vorhanden wäre, hätte er eine Berechtigung, den § 769 BGB daraufhin zu untersuchen, ob sich nicht im Wege der Auslegung aus ihm eine Anwendbarkeit des § 426 BGB ergebe. Angesichts der eindeutigen Bestimmung des § 774 Abs. 2 BGB erscheint dies unverständlich. Denn das Ergebnis dieser „Auslegung" ist, daß plötzlich zwei Bestimmungen, nämlich sowohl § 769 BGB durch Auslegung als auch § 774 Abs. 2 BGB durch Verweisung auf den § 426 BGB Bezug nehmen. Diese Folgerung haben bisher aber nur Oellers, Dorst und Evers gezogen[29]).

Für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht ist auch der § 776 BGB ein eindeutiger Beweis. Denn er nimmt nicht auf § 769 BGB, sondern gerade auf § 774 BGB Bezug. Nach ihm wird der Bürge insoweit frei, als er nach § 774 BGB von dem durch den Gläubiger entlassenen Mitbürgen hätte Ersatz verlangen können. Dies ist ein deutlicher Hinweis dafür, daß Mitbürgen gemäß § 774 Abs. 2 und nicht gemäß § 769 BGB sich auszugleichen verpflichtet sind.

Die bisherigen Ausführungen greifen auch gegen die Ansicht Planck-Brodmanns durch, soweit sie gleichfalls die Behauptung aufstellen, der § 774 Abs. 2 BGB nehme nicht auf § 426 Abs. 1 BGB Bezug.

Zur Widerlegung der Behauptung Planck-Brodmanns, der § 774 Abs. 2 BGB nehme nicht auf § 426 Abs. 2 BGB Bezug, genügt es, auf die Gründe zu verweisen, die gegen die Lehre Kremers, die das gleiche behauptet[30]) angeführt wurden und bereits deren Unhaltbarkeit ergaben[31]). Planck-Brodmann und auch Tasse, die der positiven Vorschrift des § 774 Abs. 2 BGB eine „negative Bedeutung" beilegen wollen, haben nicht einmal versucht, einen Beweis für diese Behauptung anzutreten. Dieser würde ihnen angesichts der klaren Fassung des § 774 Abs. 2 BGB und der Entstehungsgeschichte auch nicht möglich sein.

Die abgelehnten Ansichten übersehen vor allem, daß die Aufgaben der §§ 769, 774 Abs. 2 BGB gänzlich verschieden sind, und bemerken deshalb auch nicht die wahre Aufgabe des § 774 Abs. 2 BGB. Diese besteht nicht lediglich in dem Gegensatz, der Ausnahme, zu den §§ 774 Abs. 2 S. 1, 412, 401 BGB. Vielmehr regelt § 769 BGB allein das Verhältnis von Bürgen zu ihren Gläubigern, der § 774 Abs. 2 BGB dagegen durch seine Verweisung auf § 426 BGB abschließend das Innenverhältnis von Mitbürgen[32]). Der § 774 Abs. 2 BGB weist auch ausdrücklich darauf hin. Er sagt nämlich, wie schon einmal betont wurde, „Mitbürgen haften einander nur nach § 426 BGB". Hat Kremer übersehen, daß durch diese Bezugnahme eine Anwendung der §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB ausgeschlossen worden ist, so übersehen die Vertreter der bekämpften Meinungen, daß durch diese Bezugnahme in § 774 Abs. 2 BGB das Verhältnis von Mitbürgen seine erschöpfende Regelung gefunden hat: Gemäß den §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 BGB haften Mitbürgen im

---

[29]) Vgl. Anm. 18 ds. Abschn. der Arbeit a.E.
[30]) Vgl. S. 7 der Arbeit.
[31]) Vgl. S. 8 ff. der Arbeit.
[32]) Marwitz, S. 860; Kremer, S. 172; Staudinger-Engelmann, II, 3, § 774, 6,g, § 769, 2; Planck-Strohal, II, 2, § 769, 4; Warneyer, I, § 769; Fischer-Henle, § 774,6.

Zweifel kraft Gesetzes einander nach gleichen Teilen und gemäß den §§ 774 Abs. 2, 426 Abs. 2 BGB gehen auf den Bürgen, der den Gläubiger befriedigt, dessen Rechte gegen seine Mitbürgen nur insoweit über.

II. Gesamtpfand.

Wie bei den Mitbürgen sind für die Ausgleichsansprüche von Mitverpfändern gegeneinander in erster Linie die zwischen ihnen bestehenden Vereinbarungen maßgebend. Ob und inwieweit eine Pflicht zur Ausgleichung besteht, braucht aber auch hier nicht ausdrücklich bestimmt zu sein. Es genügt vielmehr, wenn es sich aus den ganzen Umständen, insbesondere aus der Natur eines zwischen den Mitverpfändern bestehenden Rechtsverhältnisses ergibt.

Lediglich in dem Umfang, in dem der den Gläubiger befriedigende Verpfänder nach den Vereinbarungen oder den Umständen von seinen Mitverpfändern Ausgleichung verlangen kann, erwirbt er die Rechte des Gläubigers gegen seine Mitverpfänder (§§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2, 426 Abs. 2 BGB).

1. Falls keine Vereinbarungen von den Mitverpfändern getroffen worden sind und auch aus den Umständen sich eine Pflicht zu einer bestimmten Ausgleichung nicht ergibt, scheint der den Gläubiger befriedigende Verpfänder vollen Ersatz aus den Pfändern seiner Mitverpfänder sucher zu dürfen. Denn nach dem Wortlaut der §§ 1225 S. 1, 412, 401 BGB müßten auf ihn mit der Hauptschuld auch die Rechte des Gläubigers gegen seine Mitverpfänder im vollen Umfange übergehen. Er könnte sich demnach an ihnen schadlos halten. Der Verpfänder des schließlich in Anspruch genommenen Pfandes hätte das gleiche Recht gegen die weiteren Pfänder. Der Verpfänder des zuletzt in Anspruch genommenen Pfandes müßte, falls er nicht doch noch von dem Hauptschuldner Zahlung erlangt, den Schaden endgültig tragen.

Das Gesetz selbst scheint aber eine andere Lösung vorgesehen zu haben. Denn es bestimmt in § 1225 S. 2 BGB, daß die Vorschriften des § 774 BGB entsprechende Anwendung finden sollen. Damit ist auch auf § 774 Abs. 2 BGB verwiesen worden, der das Verhältnis von Mitbürgen regelt[33]).

[33]) Eine ältere, jetzt überwundene Lehrmeinung sah in der Verweisung des § 1225, S. 2 BGB auf den ganzen § 774 BGB einen Redaktionsfehler. Es könne sich nur um eine Bezugnahme auf § 774 Abs. 1 BGB handeln. Denn der dem § 1225 BGB entsprechende § 1143 BGB des Hypothekenrechts verweise auch nur auf § 774 Abs. 1 BGB. Auch sei eine entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 BGB auf § 1225 BGB nicht möglich. (Endemann, II, 1, § 141, A. 12; Boethke, S. 859; Strohal, DJZ 03, S. 375, A. 1, aufgegeben in JhJb. Bd. 61, S. 94 ff.; früher auch: Biermann, 2. Aufl., § 1225, 1; Staudinger-Kober, 2. Aufl., III, § 1225, 2, b; Fischer-Henle, 5. Aufl., § 1225, 3). Ihre Vertreter kamen daher zu dem Ergebnis, daß der Verpfänder, der zuerst zahle, vom anderen vollen Ausgleich verlangen könne. Diese Lehrmeinung ist insbesondere durch die

Deshalb müßte für das Verhältnis von Mitverpfändern lediglich der Satz 2 des § 1225 BGB maßgebend und durch ihn entsprechend der bei der Mitbürgschaft getroffenen Regelung eine Ausgleichung zu gleichen Teilen und daher nur insoweit ein Übergang der Pfandrechte der Mitverpfänder auf den den Gläubiger befriedigenden Verpfänder angeordnet sein.

2 a) Dies wird von Planck-Brodmann bestritten[34]). Nach ihnen erwirbt der den Gläubiger befriedigende Verpfänder die Pfandrechte seiner Mitverpfänder gemäß den §§ 1225 S. 1, 412, 401 BGB im vollen Umfang, da für sie der § 774 Abs. 2 BGB lediglich „negative Bedeutung" hat[35]). Nach ihrer Meinung kann es daher dahingestellt bleiben, ob in § 1225 BGB sowohl auf den § 774 Abs. 1 BGB (dessen Satz 1 mit Satz 1 des § 1225 BGB übereinstimme und daher für die entsprechende Anwendung ausscheide) als auch auf Abs. 2 verwiesen worden sei. Denn es hätte, um irgend etwas den Rechtsverhältnissen der mehreren Mitbürgen entsprechendes für Mitverpfänder zu bestimmen, nicht der Anordnung entsprechender Anwendung des Abs. 2 des § 774 BGB, sondern des § 769 BGB bedurft. Da dessen entsprechende Anwendung auf Mitverpfänder überhaupt nicht in Frage komme, würde die Rechtsverweisung des Abs. 2 in § 774 BGB, — wie sie von Planck-Brodmann verstanden wird — die gegenüber dem Absatz 1 im Bürgschaftsrecht wohl angebracht, wenn auch nicht unbedingt notwendig gewesen wäre, hier gegenstandslos.

Daher gelangen Planck-Brodmann durch ihre Auslegung der §§ 769, 774 Abs. 2 BGB zu dem Ergebnis: im Verhältnis von Mitverpfändern bestehe keine gesetzliche Ausgleichspflicht. Daher könne der Verpfänder, der von dem Gläubiger in Anspruch genommen worden sei, aus den gemäß den §§ 1225 S. 1, 412, 401 BGB erworbenen Pfändern seiner Mitverpfänder vollen Ersatz suchen.

Dieses Ergebnis, nach dem der, dem es gelingt, als erster zu zahlen, an den anderen Pfändern sich schadlos halten darf, versuchen Planck-Brodmann in kurzen Ausführungen als nicht unbillig zu rechtfertigen:

Jeder Verpfänder müsse von vornherein damit rechnen, daß seine Sache in Anspruch genommen werde. Rechtlich habe er mit der Verpfändung über die Sache endgültig verfügt. Ihm bliebe das Vertrauen auf den Schuldner und der Rückgriff gegen diesen, falls er das Vertrauen täusche. Angesichts der Regelung des § 1173 BGB sei es nicht

---

von Bendix vorgenommene Untersuchung der Entstehungsgeschichte des § 1225 BGB widerlegt und dann von ihren Hauptvertretern aufgegeben worden. Jetzt ist allgemein anerkannt, daß die im § 1143 BGB fehlende Verweisung auf § 774 Abs. 2 BGB durch die auf § 1173 BGB ersetzt ist und auch einer entsprechenden Anwendung des § 774 Abs. 2 BGB auf § 1225 BGB nichts entgegensteht. Es kann daher auf die angegebene Literatur verwiesen werden.

[34]) III, § 1225, 2, 2, c.

[35]) Vgl. S. 10 der Arbeit.

im mindesten ungerechter, wenn einem jeden der Mitverpfänder die Möglichkeit gelassen werde, das Schicksal dadurch von sich abzuwenden, daß er dem anderen zuvorkomme. Warum solle nicht, wie so oft im Leben, nach Recht und Gesetz auch hier derjenige zuerst mahlen, der zuerst komme? Jedenfalls sei dies nicht unerträglicher, wie wenn das ganze von der Willkür der Gläubiger abhängen solle.

Weder die Begründung der Ansicht von Planck-Brodmann noch ihr Ergebnis können gebilligt werden.

Bereits bei der Erörterung des Verhältnisses von Mitbürgen kraft Gesetzes ist nachgewiesen worden, daß die Auslegung der §§ 769, 774 Abs. 2 BGB, wie sie Planck-Brodmann vornehmen, unrichtig ist[36]). Auf den § 426 BGB verweist nicht der § 769 BGB, sondern allein der Abs. 2 des § 774 BGB. Planck-Brodmann gehen von einer falschen Voraussetzung aus und gelangen daher auch zu einem unrichtigen Ergebnis für das Verhältnis der Mitverpfänder. Weil § 774 Abs. 2 BGB das Verhältnis der Mitbürgen regelt, ist er gerade nicht gegenstandslos für das Verhältnis von Mitverpfändern, sondern deshalb wird seine entsprechende Anwendung auf dieses in § 1225 S. 2 BGB angeordnet. Den Mitbürgen des § 774 Abs. 2 BGB entsprechen die Mitverpfänder des § 1225 S. 2 BGB. Wie in § 774 Abs. 2 BGB abschließend das Verhältnis von Mitbürgen geregelt wird, ist für das Verhältnis von Mitverpfändern lediglich der auf jene Vorschrift bezugnehmende § 1225 S. 2 BGB maßgebend. Der § 1225 S. 1 BGB scheidet für das Verhältnis von Mitverpfändern völlig aus. Wie dessen Regelung im einzelnen erfolgt ist, wird noch gezeigt.

Die Ansicht Planck-Brodmanns würde nicht nur, worauf Breit mit Recht hinweist, der sie deshalb als „ungeheuerlich" bezeichnet[37]), „die Mitverpfänder zu einem Wettrennen anspornen", als erster den Gläubiger befriedigen zu dürfen und somit zu dem grundsätzlichen Verhalten von Drittsicherern genau entgegengesetzten Maßnahmen führen. Eine derartige Regelung würde vor allem zu selbstsüchtigem Handeln und unlauteren Machenschaften anregen. Die Verpfänder würden verleitet, dem Gläubiger Geld oder andere Vorteile zu bieten, um ihn zu bewegen, aus ihrem Pfande Befriedigung zu suchen, damit sie von dem anderen Ersatz erhalten könnten. Der Gläubiger würde in die Lage versetzt werden, durch Regelung seiner Befriedigung die endgültige Verteilung der Haftungslast zu bestimmen. Also gerade von der Willkür des Gläubigers wäre es abhängig, welcher Verpfänder den Schaden von sich abwälzen könnte. Planck-Brodmann übersehen, daß es eingerichtet werden kann, nur den Mitverpfänder dem anderen zuvorkommen zu lassen, der zuvorkommen soll.

Gegen diese rechtspolitische Erwägungen[38]) können die Ausführungen Planck-Brodmanns nicht durchgreifen. Vielmehr muß die von

---

[36]) Vgl. S. 13 der Arbeit.
[37]) S. 293 in Gruchot Bd. 48.
[38]) Vgl. insbes. Koban, S. 130, 131; Braun-Melchior, S. 178, 179.

ihnen vertretene Ansicht auch auf Grund dieser Bedenken abgelehnt werden[39]).

b) Auch nach Koban[40]), Barkhausen[41]) und Sellner[42]) erwirbt der den Gläubiger befriedigende Verpfänder dessen Rechte gegen seine Mitverpfänder gemäß § 1225 S. 1 BGB im vollen Umfang.

Koban und im Anschluß an ihn Barkhausen abstrahieren überhaupt den Ausgleich völlig von der Person des Verpfänders. Zwar nehmen sie an, daß im § 1225 S. 2 BGB auf den ganzen § 774 BGB Bezug genommen ist, jedoch könne Verpfändern gegeneinander der im § 774 Abs. 2 BGB (§ 426 Abs. 1 BGB) den Mitbürgen gewährte selbständige Ausgleichsanspruch nicht zuerkannt werden. Denn Verpfänder hafteten persönlich überhaupt nicht. Deshalb sei auch eine entsprechende Fassung des § 774 Abs. 2 BGB: „Mehrere Verpfänder haften einander nur nach § 426 BGB" ausgeschlossen. Vielmehr könne der Abs. 2 des § 774 BGB in seiner entsprechenden Anwendung lediglich lauten: „Mehrere Pfänder haften einander nur nach § 426 BGB"[43]). Hieraus folge, daß der den Gläubiger befriedigende Verpfänder die an sich im vollen Umfang auf ihn uübergegangenen Pfandrechte seiner Mitverpfänder nur in einem Umfang, der der allgemeinen Verteilungsregel des § 426 BGB entspreche, geltend machen könne. Denn es solle eine gleichmäßige Verteilung der Haftung unter den mehreren Pfändern sonst ganz gleichgestellter Verpfänder herbeigeführt werden. Die dingliche Haftung der Pfänder werde dem befriedigenden Verpfänder gegenüber auf einen der allgemeinen Verteilungsregelung des § 426 BGB entsprechenden Anteil beschränkt.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt Sellner[44]), ohne allerdings zu einer Änderung des Wortlautes des § 774 BGB zu greifen wie Koban.

---

[39]) Oellers, S. 35, 36; Tasse, S. 28; Evers, S. 19; Braun-Melchior, S. 192; vgl. auch Emmerich, S. 517; Martinius, S. 544 a.E.; Barkhausen, S. 18, 19; Breit, S. 293; Sellner, Recht 1904, S. 477.

[40]) S. 198 ff.

[41]) S. 22, 23.

[42]) S. 477.

[43]) Koban, S. 200; Barkhausen, S. 21.

[44]) S. 477. Dorst führt a.a.O. S. 67 Sellner sogar als Anhänger eines Ausgleichs und Pfandrechtsüberganges gemäß der Regel des § 426 BGB auf. Er betont aber am Anfang seiner Ausführungen, daß die Pfandrechte Dritter im vollen Umfang übergehen und sagt später ausdrücklich, „die entsprechende Anwendung des § 774 BGB in § 1225 BGB führt dazu, daß im Falle des Überganges der Forderung nach § 1225 BGB auf einen von mehreren Verpfändern die unbeschränkte Verwertung der auf den Verpfänder übergegangenen Pfandrechte dem letzteren versagt ist". — Auch von Koban behauptet Dorst a.a.O. das gleiche. Koban betont aber für das österreichische Recht auf S. 180 und für das deutsche Recht auf S. 199 o. ausdrücklich, daß die Pfandrechte im vollen Umfang übergehen. Auch seine Ausführungen auf S. 200 u., 201, haben nur einen Sinn, wenn er diesen Standpunkt vertritt. Im übrigen hat auch bei der Mitbürgschaft für ihn der § 774, II BGB lediglich die Aufgabe, die Geltendmachung der unbeschränkt übergegangenen Bürgschaften einzuschränken.

Diesen Schriftstellern kann nicht beigetreten werden. Der § 1225 S. 1 BGB scheidet, wie gezeigt wurde, für das Verhältnis von Mitverpfändern aus. Ein selbständiger persönlicher Ausgleichsanspruch wird in § 1225 S. 2 BGB gar nicht gewährt, wie die Vertreter der bekämpften Ansichten übersehen, da nur die entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 BGB und damit auch des § 426 BGB gefordert ist. Die tatsächlichen Folgen dieser Anordnung werden im einzelnen noch gezeigt.

Im übrigen können auch Pfänder einander nicht haften. Sie haften vielmehr jedes für sich für den Schuldbetrag nur dem Gläubiger, der sich aus jedem gegebenenfalls befriedigen kann[45]).

3. Auch die Vertreter der Meinung, nach der § 774 Abs. 2 BGB nur auf § 426 Abs. 2 BGB Bezug nehmen soll, bestreiten, daß § 1225 S. 2 BGB das Verhältnis von Mitverpfändern wie das von Mitbürgen geregelt wissen will.

Denn nach ihrer Ansicht folgt die Pflicht für Mitbürgen, sich im Zweifel kraft Gesetzes zu gleichen Teilen auszugleichen, aus den §§ 769, 426 Abs. 1 BGB. Der § 774 Abs. 2 BGB soll nur auf § 426 Abs. 2 BGB verweisen und daher lediglich bestimmen, daß ein Übergang der Rechte des Gläubigers gegen die Mitbürgen des ihn befriedigenden Bürgen auf diesen nur stattfinde, soweit er einen Ausgleichsanspruch gegen jene habe[46]). Daher ist für die Vertreter dieser Meinung im Verhältnis von Mitverpfändern im Zweifel kraft Gesetzes eine Ausgleichspflicht nicht vorgesehen, da § 1225 S. 2 BGB nicht auf § 769 BGB und damit auch nicht auf § 426 Abs. 1 BGB verweise. Die in § 1225 S. 2 BGB angeordnete entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 und damit des § 426 Abs. 2 BGB führe vielmehr dazu, daß auf den Verpfänder, der den Gläubiger befriedige, die Pfandrechte seiner Mitverpfänder nur übergingen, soweit eine Ausgleichspflicht bestehe. Da aber kraft Gesetzes eine solche nicht vorgeschrieben sei, finde deshalb nur, wenn eine Ausgleichung vereinbart worden sei, ein entsprechender Übergang der Pfandrechte der Mitverpfänder auf den den Gläubiger befriedigenden Mitverpfänder statt.

Daher kommen die Vertreter dieser Ansicht zu dem Planck-Brodmann völlig entgegengesetzten Ergebnis, der den Gläubiger befriedigende Verpfänder könne kraft Gesetzes eine Ausgleichung nicht verlangen und deshalb auch nicht die Rechte des Gläubigers gegen seine Mitverpfänder erwerben. Ihm bliebe nur der Rückgriff gegen den Hauptschuldner[47]).

Es ist bereits bei der Untersuchung des Verhältnisses von Mitbürgen nachgewiesen worden, daß § 774 Abs. 2 BGB auch auf § 426 Abs. 1

[45]) Oellers, S. 36; Evers, S. 19.

[46]) Vgl. S. 9 der Arbeit.

[47]) Sternberg, S. 549, 550; Braun-Melchior, S. 182, 196; Merländer, S. 52 ff.; Dorst, S. 67 ff.; Strohal, JhJb. Bd. 61, S. 94 ff., insbes. 97; RGRK, III, § 1225 A. 2; auch Tasse vertritt S. 33 diese Ansicht, obwohl er bei der Mitbürgschaft in der Auslegung des § 774, II BGB sich Planck-Brodmann angeschlossen hatte. Vgl. S. 10 der Arbeit.

BGB verweist und somit durch ihn eine Ausgleichspflicht zwischen Mitbürgen zu gleichen Teilen kraft Gesetzes bestimmt ist[48]). Daher kann dieser Meinung ebenfalls nicht beigetreten werden. Sie geht bei der Prüfung der Frage, ob zwischen Mitverpfändern kraft Gesetzes eine Ausgleichspflicht angeordnet ist von einer falschen Voraussetzung aus und gelangt daher zu einem unrichtigen Ergebnis. Zutreffend ist lediglich, daß § 1225 S. 2 und nicht S. 1 BGB die für den Übergang der Pfandrechte maßgebende Bestimmung ist.

Auch der Hinweis verschiedener Anhänger[49]) dieser Meinung auf die Regelung des § 1173 BGB ist verfehlt, weil, wie bereits bemerkt wurde, der § 1225 S. 2 BGB nicht auf ihn, sondern auf § 774 Abs. 2 BGB verweist.

Schließlich sprechen gegen die bekämpfte Ansicht auch die rechtspolitischen Erwägungen, die zur Ablehnung der von Planck-Brodmann noch heute verteidigten Meinung führten[50]). Seltsamerweise werden weder von Tasse noch von Braun-Melchior diese gegen die eigene Ansicht abgewogen, sondern nur gegen die Ansicht Planck-Brodmanns angeführt. Da der Mitverpfänder, der den Gläubiger befriedigt, keinen Ausgleichsanspruch haben und lediglich auf seinen Ersatzanspruch gegen den Hauptschuldner angewiesen sein soll, wird er alles versuchen, um den Gläubiger zu bewegen, das Pfand eines anderen Mitverpfänders in Anspruch zu nehmen. Mit denselben Mitteln wird er den Gläubiger zu bestimmen suchen, nicht sein Pfand in Anspruch zu nehmen, mit denen er bei Richtigkeit der Ansicht Planck-Brodmanns im Wettlauf mit den anderen Mitverpfändern den Gläubiger zu verleiten gesucht hätte, gerade sein Pfand in Anspruch zu nehmen, um vollen Ausgleich zu erhalten. Jedenfalls besteht für diese unlauteren Machenschaften bei beiden Ansichten die gleiche Gefahr. Der Gläubiger wäre ebenfalls genauso wiederum in der Lage, die endgültige Verteilung der Haftungslast zu bestimmen und hieraus unlauteren Nutzen zu ziehen. Es schlägt sich also diese Ansicht mit ihren eigenen Waffen.

4. Im Gegensatz zu den bisherigen Lehren sieht eine überwiegende Anzahl von Schriftstellern zwischen Mitverpfändern im Zweifel kraft Gesetzes eine Ausgleichung zu gleichen Teilen und daher nur einen entsprechenden Übergang der Pfandrechte als angeordnet an[51]). Allerdings gelangen sie auf verschiedenen Wegen zu diesem Ergebnis:

---

[48]) Vgl. S. 11 ff. d. Arbeit.

[49]) Tasse, S. 33; Sternberg, S. 556; RGRK, III, § 1225, 2.

[50]) Vgl. S. 16 der Arbeit.

[51]) Weder für diese noch die unter Ziff. 3 abgelehnte Ansicht will sich Biermann entscheiden (§ 1225, 1, b, β). Eine sichere Entscheidung sei bei der Unvollkommenheit des Gesetzes, zumal weder für die eine noch die andere Ansicht überwiegende Zweckmäßigkeitsgründe sprächen, nicht zu gewinnen. Recht werde die Meinung behalten, der sich dereinst das Reichsgericht anschließen werde. Diese Stellungnahme kann schon ihrer Unentschiedenheit wegen nicht gebilligt werden.

a) Die einen vertreten die Ansicht, daß der Pfandberechtigte gegen den Verpfänder einen Anspruch habe[52]). Sie sehen deshalb in Mitverpfändern Gesamtschuldner und wenden daher den § 426 BGB auf sie unmittelbar an. Nach ihnen wird also nicht erst durch die in § 1225 S. 2 BGB angeordnete entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 BGB für Mitverpfänder im Zweifel eine gesetzliche Pflicht zu einem Ausgleich nach gleichen Teilen und daher nur ein entsprechender Übergang der dem Gläubiger zustehenden Pfandrechte auf den ihn befriedigenden Mitverpfänder angeordnet. Vielmehr handelt es sich nach ihrer Meinung bei diesen Vorschriften nur um eine ausdrückliche Hervorhebung jener Rechtsfolgen aus Zweckmäßigkeitsgründen.

Diese Ansicht vertreten Oellers[53]), Evers[54]), Bendix[55]), R. Schmidt[56]) und Leichsering[57]).

Oellers läßt es, wenn er auch der Ansicht ist, daß „die bereits in § 769 BGB ausgesprochene gesamtschuldnerische Haftung der Bürgen untereinander in § 774 Abs. 2 BGB wiederholt sei", letzten Endes doch dahingestellt, ob durch die Verweisung des § 1225 S. 2 BGB auf § 774 BGB die Mitverpfänder der Regelung des § 426 BGB unterworfen werden. Oellers tritt den Beweis auf der Grundlage der „Lehre von Schuld und Haftung" an. Die von ihm vertretenen Sätze laufen im wesentlichen, wie er selbst sagt[58]), darauf hinaus, in der Verpflichtung des Dritteigentümers eine „Realobligation" zu sehen. Er bemerkt aber zutreffend, daß auch von der „Theorie der dinglichen Schuld" aus Verpfänder als Schuldner der Gläubiger zu betrachten seien. Welche von beiden Anschauungen für ihn die richtige sei, läßt er zunächst offen[59]) und entscheidet sich später bei der Erörterung der Ausgleichsregelung der Gesamthypothek für die „Theorie der Realobligation"[60]). Dieser folgen auch Evers[61]) in seinen entscheidenden Ausführungen und Leichsering[62]).

Für Bendix liegt immer, wenn mehrere Sicherungsverpflichtete (z.B. Bürge, Drittverpfänder und Eigentümer des für fremde Schuld hypothekarisch belasteten Grundstücks) zusammentreffen, ein Gesamtschuldverhältnis vor. Daher komme auf ihr Verhältnis zueinander der § 426 BGB unmittelbar zur Anwendung[63]).

---

[52]) Der Verpfänder, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, wie in dieser Arbeit auch unterstellt ist. Sonst besteht selbstverständlich ein derartiger Anspruch.
[53]) S. 36 u. ff.
[54]) S. 19 ff.
[55]) S. 90 ff.
[56]) S. 96 ff. insbes. 98 o.
[57]) Die Verteilung usw., S. 34 ff., 43, 44.
[58]) S. 42.
[59]) S. 43.
[60]) S. 62.
[61]) S. 19 u., 20 u., 36 o.
[62]) a.a.O.
[63]) ebenso im Anschluß an ihn Roth, LZ 1910, S. 358, III.

Schmidt verweist auf Bendix, ohne dessen Gesichtspunkten neue hinzuzufügen. Weil es ihm aber nicht als ganz bedenkenfrei erscheint, einen Drittverpfänder als Schuldner des Gläubigers anzusehen, will erfalls deshalb „§ 426 BGB auch nicht unmittelbar passen sollte", ihn mindestens analog anwenden[64]).

Im einzelnen soll hierauf im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden, da der Streit, ob der Drittverpfänder als Schuldner anzusehen sei, kein neuer ist. Es wird daher im einzelnen auf die Ausführungen dieser Schriftsteller verwiesen.

Diesen Schriftstellern kann nicht beigetreten werden. Vielmehr ist in dem Pfandrecht ein Verwertungsrecht zu sehen. Der Verpfänder haftet nur mit dem Pfandgegenstand und muß sich notfalls lediglich den Verkauf der Pfandsache und die Befriedigung des Gläubigers aus dem Erlöse gefallen lassen.

Im einzelnen wird auf die eingehenden Ausführungen bei Enneccerus-Wolff[65]), die die Lehren von der „Realobligation" und der „dinglichen Schuld" widerlegen, verwiesen.

b) Für die anderen Schriftsteller ist lediglich durch die in § 1225 S. 2 BGB angeordnete entsprechende Anwendung des § 774 BGB auch im Verhältnis von Mitverpfändern wie bei Mitbürgen im Zweifel eine gesetzliche Ausgleichspflicht zu gleichen Teilen festgesetzt worden[66]). Daher erlangt nach ihnen der Verpfänder, der den Gläubiger befriedigt, die Pfandrechte seiner Mitverpfänder nur zu einem verhältnismäßigen Teil.

Die allgemeinen Regeln der §§ 1225 S. 1, 401, 412 BGB, die dem leistenden Verpfänder die Pfandrechte seiner Mitverpfänder in vollem Umfang verschaffen würden, seien gerade ausgeschlossen. Denn die in § 1225 S. 2 BGB angeordnete entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 BGB und damit auch des § 426 BGB bringe zum Ausdruck, daß im Zweifel kraft Gesetzes Mitverpfänder wie Mitbürgen zum Ausgleich verpflichtet wären. Damit sei aber nicht etwa ein selbständiger persönlicher Ausgleichsanspruch des befriedigenden Verpfänders gegen seinen Mitverpfänder hervorgerufen worden. Sondern als Folge dieser Ausgleichspflicht könne auf den den Gläubiger befriedigenden Verpfänder kraft Gesetzes nur ein anteiliger Übergang der Pfandrechte der Mitverpfänder stattfinden.

Diese Ansicht ist zu billigen, denn das Gesetz hat dadurch, daß es in § 1225 S. 2 BGB die entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 BGB

---

[64]) S. 101 u.; er übersieht, daß § 1225 S. 2 BGB lediglich eine entspr. Anwendung (d. § 774 BGB und damit) d. § 426 BGB anordnet.

[65]) § 131.

[66]) Emmerich, S. 514 ff.; Förster, Die Ausgleichung usw., S. 27; Martinius, S. 543; Marwitz, S. 860; Schulz, S. 68, 70; Breit, S. 285, 292, 293; Soergel, III, § 1225, A. 2; Kohler, II, 1, § 159, III; Kipp-Windscheid, II, § 481, 3, A. 1; Siméon-David, I, § 78, 6, A. 4; Enneccerus, II, § 191, I, 3; Enneccerus, III; § 160; III; § 165; II; Warneyer, II, § 1225, der aber in der Fußnote 5 auch Bendix zitiert; Staudinger-Kober, III, 2, § 1225, 2.

und damit auch des ganzen § 426 BGB für das Verhältnis von Mitverpfändern anordnet, zum Ausdruck gebracht, daß es dieses in einer Weise, die der für Mitbürgen getroffenen entspricht, geregelt wissen will. Den Mitbürgen in § 774 Abs. 2 BGB entsprechen die Mitverpfänder des § 1225 S. 2 BGB. Der § 1225 S. 1 BGB und mit ihm die §§ 401, 412 BGB scheiden für das Verhältnis von Mitverpfändern völlig aus. Mit Recht weist Emmerich besonders darauf hin, daß mit der entsprechenden Anwendung des § 774 Abs. 2 BGB auch die des § 426 Abs. 1 BGB angeordnet worden ist. Ein Verpfänder muß daher in entsprechender Weise wie ein Gesamtschuldner gegenüber den anderen Verpfändern leistungspflichtig sein. Das übersehen Planck-Brodmann und insbesondere Koban, Barkhausen und Sellner, die deshalb, wie bereits dargelegt, eine Pflicht zur Ausgleichung nach gleichen Teilen kraft Gesetzes unter Mitverpfändern ablehnen. Zutreffend weist Emmerich ferner auf den Gegensatz des § 1225 S. 2 BGB zu § 1173 BGB hin, der nicht § 774 Abs. 2 BGB für entsprechend anwendbar erklärt. Denn er rufe nicht selbst einen Ersatzanspruch zwischen dem Eigentümer, der befriedigt, und den anderen Eigentümern hervor, sondern setze sein Bestehen für den Übergang der Hypothek an den Grundstücken dieser auf jenen voraus.

Es ist also im Zweifel kraft Gesetzes wie bei Mitbürgen eine Ersatzpflicht der Mitverpfänder im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen vorgeschrieben, und daher erwirbt der den Gläubiger befriedigende Verpfänder dessen Rechte gegen seine Mitverpfänder mit der Hauptschuld wegen dieses Ausgleichsanspruchs gemäß § 1225 S. 2 BGB nur zu gleichen Teilen.

Diesem Ergebnis stehen auch die rechtspolitischen Erwägungen nicht entgegen, die unter anderem zur Ablehnung der oben angeführten Ansichten geführt hatten. Die Verpfänder werden nicht zu einem Wettrennen, entweder als erste oder als letzte den Gläubiger zu befriedigen, angehalten. Diese Lösung entspricht den Forderungen der Billigkeit und ist am gerechtesten.

5. Da Mitverpfänder wie die Mitbürgen nach dem Recht der Gesamtschuld ausgleichspflichtig sind, muß eine Teilung nach Köpfen stattfinden[67]).

Hiergegen ist das Bedenken geltend gemacht worden, daß dann Verpfänder, die ganz verschiedene Werte zur Sicherheit stellen, gleichwohl untereinander nach Kopfteilen haften sollen.

Schneider[68]) will einen Ausgleich schlechthin nach dem Verhältnis des Wertes jeder einzelnen der verschiedenen für dieselbe Forderung

---

[67]) Schmidt, S. 97; Förster, S. 22, 26; Wandel, Das Verhältnis usw., S. 30; Schulz, S. 70, 72, 73; Winkler, Der Rückgriff usw., S. 76 ff.; Breit, S. 294; Sellner, S. 477; Bendix, S. 89.

[68]) Diss., S. 15 ff.

haftenden Pfandsachen[69]). Diese Ansicht vertreten auch die Oberlandesgerichte Hamburg und Frankfurt[70]).

Martinius[71]) läßt „den Wert der minder wertvollen Pfandsache" entscheidend sein. Wie bei einem Zusammentreffen von Bürgschaften für dieselbe Forderung eine Mitbürgschaft nur in Höhe des niedrigsten verbürgten Betrages vorliege, könnten mehrere Verpfänder nur in Höhe „des Wertes der minder wertvollen Pfandsache" im Verhältnis von Mitverpfändern zueinander stehen.

Koban[72]) dagegen will den Wert der Pfänder nur dann berücksichtigt wissen, wenn nicht jedes Pfand die Schuld vollkommen decke. „Nur hinsichtlich der die Schuld nicht ganz deckenden Pfänder muß der Wert der Berechnung der einzelnen Quoten zugrundegelegt, zwischen den hinreichenden Pfändern aber ohne Rücksicht auf den Wert zu gleichen Anteilen repartiert werden". Falls man diese Quotenberechnung nicht billige, müßten die Anteile kurzweg nach dem Verhältnis der Werte der Pfandsachen, wie Dernburg es vorgeschlagen habe, berechnet werden.

Eine zwischen Martinius und Koban vermittelnde Stellung nimmt Barkhausen ein[73]). Er will lediglich für den Fall, daß eines der für dieselbe Forderung bestellten Pfänder diese nicht völlig deckt, den Wert des Pfandes berücksichtigt wissen. Aber dann soll der Anteilsberechnung für die Haftung jeder einzelnen Pfandsache immer nur der Wert der minder wertvollen Pfandsache zugrundegelegt werden.

Diese Ansichten können nicht gebilligt werden. Zunächst entspräche eine Ausgleichung nach derartigen Maßstäben nicht der in § 426 BGB vorgesehenen Regelung. Die Ausgleichung unter Mitverpfändern soll aber gerade wie bei Gesamtschuldnern stattfinden. Deshalb ist die entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 BGB, auf Grund dessen Mitbürgen nach dem Recht der Gesamtschuldner ausgleichspflichtig sind, angeordnet worden. Der Ausgleich nach den abgelehnten Ansichten widerspräche nicht nur der gesetzlich vorgesehenen Regelung, sondern er könnte sich überhaupt auf keine Gesetzesbestimmung stützen.

Der Wert der verschiedenen Pfandsachen ist vielmehr völlig unbeachtlich[74]). Denn auch bei Mitbürgen, die nach Kopfteilen haften, ist es nicht entscheidend, auf wieviel sich jeder verbürgt hat und wieviel jeder leisten kann[75]).

---

[69]) Für das gemeine Recht hat dies bereits Dernburg ausgesprochen: Pfandrecht, II, S. 366, 367.

[70]) Hans.GZ., Bd. 41, Beibl. S. 225 ff., insbes. 227; unter Hinweis auf diese Entscheidung OLG Frankfurt, JW 31, S. 2751.

[71]) DJZ 03, S. 543, 544; im Anschluß an ihn Wüllenweber, Über die gegenseitigen Beziehungen usw., S. 59, 60; ähnlich Leichsering, S. 43.

[72]) S. 200, 184 ff.; im Anschluß an ihn Evers, S. 23.

[73]) S. 26, 29.

[74]) Vgl. im einzelnen insbes. gegen Martinius die in A. 67 d. 1. Abschn. der Arbeit zitierten Schriftsteller.

[75]) Schulz, S. 73; Enneccerus, III, § 160, III, A. 9.

Wenn Tasse[76]) insbesondere gegen das letzte Argument anführt, es sei der Unterschied nicht beachtet, daß der Bürge Leistung schulde, indes der Verpfänder nur mit dem Pfandgegenstande hafte und deshalb das Gesetz den haftenden Drittverpfänder nicht dem schuldenden Bürgen könne gleichsetzen wollen, so stellt er lediglich eine Behauptung auf, für die der Beweis fehlt. Das Gegenteil ist vielmehr durch die in § 1225 S. 2 BGB angeordnete entsprechende Anwendung des § 774 BGB erwiesen. Das Gesetz stellt gerade den Bürgen dem Drittverpfänder gleich, indem es den Ausgleich bei diesem entsprechend wie bei jenem geregelt wissen will. Dem steht niemals der Umstand entgegen, daß der Bürge „schuldet" und der Verpfänder „mit dem Pfande haftet". Allerdings stehen Mitverpfänder einander nicht persönlich ein, sondern der von ihnen, der den Gläubiger befriedigt, kann nur aus den Pfändern seiner Mitverpfänder Ausgleich zsuchen. Aber als Maß dieses Ausgleichsanspruchs ist durch die Verweisung auf die §§ 774, II, 426 BGB gerade ein Ausgleich nach Köpfen festgesetzt worden, weil es die rechnerisch einfachste und auch billigste Lösung ist. Denn es muß von dem Regelfall ausgegangen werden, daß die Pfänder die Schuld in voller Höhe decken. Wenn einmal ein Verpfänder aus dem Pfande eines Mitverpfänders keinen vollen Ausgleich erhält, so ist der Ausfall von den übrigen Mitpfändern zu tragen. (§§ 1225 S. 2, 774 Abs. 2, 426 Abs. 1 S. 2 BGB). Aber diese Fälle können nicht dazu führen, von einer gesetzlich vorgeschriebenen Ausgleichsregelung Abstand zu nehmen.

III. Gesamthypothek.

Bei der Gesamthypothek scheint im Gegensatz zu der bei der Mitbürgschaft und dem Mitpfand getroffenen Regelung eine Ausgleichung unter den Eigentümern der belasteten Grundstücke und ein entsprechender Übergang der Hypotheken an den Grundstücken der anderen Eigentümer auf den den Gläubiger befriedigenden Eigentümer lediglich vorgesehen zu sein, wenn sie vereinbart worden ist[77]). Denn für die Gesamthypothek gelten nur die Vorschriften des § 1173 BGB, wie § 1143 Abs. 2 BGB ausdrücklich vorschreibt.

1. Nach § 1173 Abs. 1 BGB erwirbt der Eigentümer des mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücks, der den Gläubiger befriedigt[78]), lediglich die Hypothek an seinem Grundstück, indes die Hypotheken an den Grundstücken der anderen Eigentümer untergehen. Der Absatz 2 des § 1173 BGB läßt nur, soweit der befriedigende Eigentümer einen Ersatzanspruch gegen einen der anderen Eigentümer hat, die Höhe dieses Anspruchs auch die Hypothek an dem Grundstück des Ersatzpflichtigen auf ihn übergehen.

[76]) S. 31.

[77]) Die Pflicht zu einer Ausgleichung braucht auch hier nicht ausdrücklich vereinbart zu sein. Sie kann sich auch aus den ganzen Umständen ohne weiteres ergeben.

[78]) Das gleiche gilt gemäß § 1182 BGB für den Eigentümer des Grundstücks, aus dem sich der Gläubiger befriedigt.

Deshalb verneint die herrschende Lehre[79]) eine Ausgleichspflicht kraft Gesetzes bei der Gesamthypothek. Denn ob ein Ersatzanspruch bestehe, entscheide sich nur aus dem zwischen den Eigentümern etwa bestehenden obligatorischen Rechtsverhältnis. Die Tatsache, daß ihre Grundstücke gesamthypothekarisch haften, begründe keine Ersatzpflicht, wie die Regelung des § 1173 Abs. 1 BGB zeige. Die Gesamthypothek sei „an sich regreßlos".

2. Eine Sonderansicht vertritt Strohal[80]). Er folgt der herrschenden Meinung, macht aber eine Ausnahme. Er läßt den den Gläubiger befriedigenden Eigentümer insoweit in die an dem Grundstück des anderen Eigentümers bestehende Hypothek eintreten, als der Betrag seiner Zahlung durch den Wert seines Grundstücks nicht gedeckt ist. Hierfür spreche, daß § 1173 BGB der Befriedigung des Gläubigers durch einen Eigentümer den Fall der rechtsgeschäftlichen Übertragung des Gläubigerrechts auf den Eigentümer gleichstelle. Er gehe bei seiner Bestimmung von der Voraussetzung aus, der Betrag der Forderung sei durch den Wert des dem zahlenden bzw. dem das Forderungsrecht erwerbenden Eigentümer gehörenden Grundstücks gedeckt.

3. Die herrschende Lehre wird nur von wenigen Schriftstellern bekämpft.

Schulz[81]) will den § 1173 BGB, nachdem er zunächst selbst festgestellt hat, daß dessen Wortlaut gegen eine Ausgleichung zu gleichen Teilen kraft Gesetzes unter den Eigentümern der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke spricht, „in folgender Weise zwanglos interpretieren":

Der § 1173 BGB regele nur „den Regreßgrund Erfüllung fremder Verbindlichkeiten" und nicht den „Regreß zwecks Ausgleichung"[82]). Er beträfe überhaupt nicht die Fälle, in denen jeder Grundstückseigentümer Drittsicherer, sondern nur die, in denen einer von ihnen zugleich persönlicher Schuldner sei. Über jene bestimme das Gesetz nichts, denn es bestehe keine Veranlassung, für sie aus § 1173 BGB ein argumentum e contrario zu folgern. Daher könne auch bei ihnen eine Ausgleichung stattfinden. Der zahlende Eigentümer erhalte die Hypothek an dem Grundstück des anderen pro rata.

---

[79]) Staudinger-Kober, III, 2, § 1173, 4; Planck-Strecker, III, § 1173, 4, a; Fischer-Henle, § 1173, 4; Crome, III, § 482, A. 46; Goldmann-Lilienthal, § 77, A. 62; Endemann, II, S. 819, A. 53; O. von Gierke, Dtsch.Priv.R., II, § 167, IV, 2; Enneccerus, III, § 148, VI, A. 22, VII, 2; Biermann, § 1173, A. 1, 2; a; Fuchs; I; § 1173 I, 1, c, § 1132, 4 B; Lang, Arch.Ziv.Prax. Bd. 89, S. 306 ff.; Förster, S. 28 ff.; Wüllenweber, S. 62 ff.; Barkhausen, S. 14; Tasse, S. 37; Sternberg, S. 547, 548; Koban, S. 201 ff.; Braun-Melchior, S. 182, 189, 190; Emmerich, S. 517; Merländer, S. 51; Dorst, S. 58 ff.; Leichsering, S. 44.

[80]) JhJb. Bd. 61, S. 93, A. 58.

[81]) S. 71.

[82]) Diese beiden Regreßgründe sind nach Schulz bei einem gesetzlichen Forderungsübergang zu unterscheiden. Vgl. im einzelnen S. 36 der Arbeit.

Schmidt[83]) meint, der § 1173 BGB ließe sich allerdings so auslegen, daß der befriedigende Grundstückseigentümer die Hypothek nur erwerbe, wenn er einen besonderen obligatorischen Ausgleichsanspruch gegen den anderen Eigentümer habe, der also nicht schon daraus hergeleitet werden könne, daß beide für dieselbe Hypothek hafteten.

Aber unvereinbar mit dem Wortlaut des § 1173 BGB sei auch nicht die Anschauung, daß der Ausgleichsanspruch sich bereits aus der Gesamthypothek ergebe. Denn wer aus der Fassung des § 1173 BGB entnehmen wolle, daß der Untergang der Hypothek an dem Grundstück des den Gläubiger nicht befriedigenden Eigentümers die Regel und der Übergang die Ausnahme sei, müsse bedenken, daß auch z.B. in § 101 Ziff. 2 BGB das als Ausnahme erscheine, was in Wirklichkeit die Regel sei. Daher dürfe man auch im § 1173 BGB den Abs. 2, der die Ausnahme enthalte, als die Regel hinstellen und den die Regel enthaltenden Abs. 1 als die Ausnahme. Auch spreche für seine Ansicht, daß sogar Strohal nicht bei dem Wortlaut des § 1173 BGB stehen bleiben könne. Im übrigen lasse sich aber auch eine andere Auffassung als die von ihm vertretene durchaus mit § 426 BGB vereinigen. In § 1173 BGB wäre dann eben ein Fall anderweitiger Bestimmung zu sehen.

Breit, der in den §§ 774, II, 1225 S. 2 BGB den Ausdruck des allgemeinen Prinzips, daß mehrere dritte Sicherungspflichtige untereinander im Zweifel kraft Gesetzes zum Ausgleich verbunden seien, sieht[84]), will dieses Prinzip auch auf die Gesamthypothek zur Anwendung bringen[85]).

Für Oellers[86]), Bendix[87]) und Evers[88]) besteht, da sie den Drittverpfänder auch eines Grundstücks stets als Schuldner des Gläubigers und damit Besteller von Hypotheken untereinander als Gesamtschuldner ansehen, gemäß § 426 Abs. 1 BGB stets kraft Gesetzes eine Ausgleichspflicht zu gleichen Teilen auch für Eigentümer der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke. Der Gesetzgeber habe einen nochmaligen Hinweis auf den § 426 BGB für überflüssig und dessen Anwendung für selbstverständlich gehalten.

Den der herrschenden Lehre entgegenstehenden Meinungen kann nicht beigepflichtet werden. Sie übersehen alle den klaren Wortlaut des § 774 BGB.

Die Auslegung des § 1173 BGB durch Schulz ist unhaltbar. Sie läuft dem deutlich zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers zuwider, über den er sich einfach hinwegsetzt. Von einer „zwanglosen Interpretation" kann nicht gesprochen werden. Schulz ist auch den Beweis dafür schuldig geblieben, daß der § 1173 BGB nur eingreife, wenn einer der Eigentümer der Schuldner sei.[89]). Dieser spricht in seinem

[83]) JhJb., Bd. 61, S. 98, 99.
[84]) Vgl. S. 36 der Arbeit.
[85]) Gruchot, Bd. 48, S. 293.
[86]) S. 57 ff.
[87]) S. 91 ff.
[88]) S. 32 ff.
[89]) Vgl. insbes. Sternberg, S. 548, 549; Strohal, JhJb. Bd. 61, S. 88, A. 51 a; Tasse, S. 38.

Absatz 2 ausdrücklich von „Ersatz"[90]). Er schließt also weder den Eigentümer eines der verhafteten Grundstücke, der zugleich Schuldner ist, noch den, der es nicht ist, von der Regelung aus. Denn unter Ersatz ist auch ein „Ausgleich" zu verstehen. Das Gesetz stellt dies selbst fest, wenn es in § 776 BGB von Ersatz gemäß § 774 BGB spricht[91]). Im übrigen genügt zur Widerlegung der Ansicht von Schulz der Hinweis darauf, daß, wenn diese richtig wäre, der ganze § 1173 BGB überhaupt fehlen könnte, weil sich der Rückgriff gegen den persönlichen Schuldner schon aus dem § 1143 BGB ableiten ließe[92]). Schulz steht denn auch mit seiner „Interpretation" des § 1173 BGB völlig allein da.

Ebenso ist nicht der Ansicht von R. Schmidt zuzustimmen. Aus einer unglücklich gefaßten Vorschrift des Gesetzes kann nicht gefolgert werden, daß in jedem Fall Ausnahme und Regel umzukehren seien[93]). Der Hinweis auf die Ansicht Strohals ist verfehlt, da auch diese angesichts der klaren und eindeutigen Fassung des § 1173 BGB nicht zutrifft[94]). Im übrigen handelt es sich insoweit lediglich um Zweckmäßigkeitserwägungen.

Die Einbeziehung der Gesamthypothek durch Breit in das von ihm vertretene Prinzip scheitert ebenso wie die Ansichten von Bendix, Oellers und Evers an der Fassung des § 1173 BGB. Im übrigen genügt zur Widerlegung der letzteren auch der Hinweis, daß die Hypothek wie das Pfandrecht an beweglichen Sachen als rein dinglich angesehen werden muß. Es handelt sich um ein Verwertungsrecht[95]). Die Eigentümer der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke können daher niemals Gesamtschuldner sein. Aber selbst wenn sie es wären, würde angesichts der in § 1173 BGB getroffenen Regelung ausnahmsweise ein Ausgleich kraft Gesetzes nicht vorgesehen sein.

Schließlich ist auch die Sondermeinung von Strohal zu verwerfen[96]). Für sie fehlt es an jeder gesetzlichen Grundlage. Sie widerspricht ebenso wie alle anderen abgelehnten Ansichten der Regelung des § 1173 BGB und wird auch von niemandem sonst vertreten. Strohal ist denn auch den Beweis für seine Ansicht schuldig geblieben. Es ist nicht verständlich, inwiefern die Gleichstellung der rechtsgeschäftlichen Übertragung des Gläubigerrechts mit der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer einen solchen darstellen soll. Die Übertragung des Gläubigerrechts hat doch gar nichts mit dem Wert des Grundstücks zu tun. Im übrigen wird eine derartige Ausgleichung schon deshalb nicht beabsichtigt sein, weil sie unpraktisch ist und das verwickelte Recht der Gesamthypothek nur noch schwieriger gestalten würde. Die Feststellung des Wertes des Grundstücks bei der Zahlung wäre weder für

[90]) Ebenso § 1182 BGB.
[91]) Oellers, S. 54, 58.
[92]) Braun-Melchior, S. 190, A. 39.
[93]) Wie Anm. 92.
[94]) Vgl. unten.
[95]) Vgl. im einzelnen Enneccerus, III, § 131, auf den bereits bei den Erörterungen über das Verhältnis von Mitverpfändern Bezug genommen wurde.
[96]) Vgl. insbes. Braun-Melchior, S. 212.

die Grundstückseigentümer, noch für die Richter eine leichte Aufgabe. Solange diese Frage nicht rechtskräftig entschieden wäre, wüßten die Eigentümer überhaupt nicht, woran sie wären[97]).

Im älteren preußischen Recht war die Gesamtverpfändung noch eine gesellschaftliche gewesen. Jedoch machte dem die neuere preußische Gesetzgebung „ein brüskes Ende"[98]). Der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmte in § 1094, daß ein zahlender Eigentümer die Eigentümerhypothek an allen mitverhafteten Grundstücken erwirbt[99]). Man behielt jedoch diese Regelung nicht bei, weil keine Unterscheidung von dem Fall, daß das Grundstück zwangsversteigert wird, geschaffen werden sollte. Auch dann erlöschen die Hypotheken an den übrigen Grundstücken, sofern nicht der Eigentümer des zwangsversteigerten Grundstücks einen Ausgleichsanspruch gegen Eigentümer der anderen Grundstücke hat. Weiterhin bedachte man, daß bei der in § 1094 vorgesehenen Regelung der Eigentümer die Hypothek an seinem Grundstück zum Erlöschen bringen und sich dann bei den anderen befriedigen könnte, so daß schließlich der letzte für alles hätte haften müssen. Dies erschien ungerechter als die alleinige Haftung des vom Gläubiger in Anspruch genommenen[100]).

Andererseits wurde in der Kommission darauf hingewiesen, daß es naheliege, den Eigentümer des Grundstücks, aus welchem die Befriedigung erfolgte, in Höhe eines etwa bestehenden Ausgleichsanspruchs in die Rechte des Gläubigers eintreten zu lassen. Es spreche hierfür die Analogie der für das Gesamtschuldverhältnis geschaffenen Vorschriften[101]).

Deshalb bestimmte der zweite Entwurf[102]) und hiernach § 1173 BGB, daß auf den Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, nur die Hypothek am eigenen Grundstück übergeht, indes die Hypotheken an den Grundstücken der anderen Eigentümer erlöschen, es sei denn, daß ein Ersatzanspruch gegen diese oder ihre Rechtsvorgänger besteht.

Grundsätzlich trägt der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, die Last, indes die übrigen Eigentümer frei werden. Die Gesamthypothek ist „an sich regreßlos". Die Unebenmäßigkeit gegenüber der Ausgleichspflicht von Mitbürgen und Mitverpfändern ist eine „unschädliche Ineleganz"[103]).

Dieses Ergebnis ist von Emmerich[104]) zu Unrecht „als wenig gerecht" bezeichnet und von Dernburg[105]) getadelt worden. Denn es handelt sich nicht um zwingendes Recht. Vielmehr können die Beteiligten die ihnen genehmen Vereinbarungen treffen. Es werden denn auch

---

[97]) R. Schmidt, S. 99.
[98]) Dernburg, Bürgerliches Recht, III, S. 766.
[99]) Dernburg, wie A. 98, S. 767; Mot. 3, S. 729.
[100]) Denkschrift, S. 153; Prot. 3, S. 634, 635; Lang, S. 307, A. 122.
[101]) Mugdan, Bd. 3, S. 862.
[102]) Dernburg, Bürgl.R., III, S. 768; Prot. Bd. 3, S. 631.
[103]) Enneccerus, III, § 148, VI, A. 22.
[104]) S. 517; ebenso Barkhausen, S. 14, 15.
[105]) Bürgl.R., III, S. 766, A. 13.

keine Fälle vorkommen, in denen nicht unter den Eigentümern oder den Singular- oder Universal-Rechtsvorgängern das Ausgleichsverhältnis schuldrechtlich geordnet ist[106]). Ein Gesamtfahrnispfandrecht, bei dem keiner der Verpfänder von dem anderen weiß, ist dagegen jederzeit möglich. Deshalb könnte der Gesetzgeber auch bei der Gesamthypothek eher darauf verzichten, im Zweifel eine Ausgleichung und einen Übergang der Hypotheken kraft Gesetzes zu gleichen Teilen auf den befriedigenden Eigentümer vorzusehen.

IV. Zusammenfassung.

Die Untersuchung des Verhältnisses von gleichen akzessorischen Sicherheiten zueinander hat folgendes ergeben:

Mitbürgen und Mitverpfänder sind einander gemäß den §§ 774 Abs. 2, 1225 S. 2 BGB, soweit nichts anderes bestimmt ist, kraft Gesetzes zu gleichen Teilen zum Ausgleich verpflichtet. Dagegen besteht für die Eigentümer der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke, wie sich aus der Regelung des § 1173 BGB ergibt, kraft Gesetzes keine Ausgleichspflicht.

Nur soweit ein Mitbürge, Mitverpfänder oder Eigentümer des mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücks, der den Gläubiger befriedigt, von seinen Mitbürgen, Mitverpfändern oder den anderen Grundstückseigentümern Ausgleichung verlangen kann, gehen die Rechte des Gläubigers gegen diese gemäß den §§ 774 Abs. 2, 1225 S. 2, 1143 Abs. 2, 1173 BGB auf ihn über. Falls also über eine Ausgleichung nichts besonderes bestimmt ist, erlangt der befriedigende Mitbürge und Mitverpfänder die Rechte des Gläubigers gegen seine Mitbürgen und Mitverpfänder gemäß den §§ 774 Abs. 2, 1225 S. 2 BGB nur zu gleichen Anteilen. Dagegen erwirbt in einem solchen Fall der befriedigende Eigentümer des mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücks gemäß den §§ 1143 Abs. 2, 1173 BGB lediglich die Hypothek an seinem Grundstück. Die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt.

Der Mitbürge, Mitverpfänder oder Grundstückseigentümer, der den Gläubiger befriedigt, erwirbt also nicht mit der Hauptforderung gemäß den §§ 774 Abs. 1 S. 1, 1225 S. 1, 1143 Abs. 1 S. 1 i. Verb. mit den §§ 412, 401 BGB die Rechte des Gläubigers gegen seine Mitbürgen, Mitverpfänder und an den anderen Grundstücken im vollen Umfange. Die §§ 774 Abs. 2, 1143 Abs. 2, 1173, 1225 S. 2 BGB stellen vielmehr Ausnahmen von der Regelung der §§ 412, 401 BGB dar. Nach diesen Vorschriften vollzieht sich überhaupt nicht der Übergang von für eine Forderung bestellten gleichen akzessorischen Sicherheiten bei Befriedigung des Gläubigers durch einen ihrer Besteller.

Breit nimmt die §§ 774 Abs. 2, 1173, 1225 S. 2 BGB zum Anlaß, um zu prüfen, ob mit ihnen alle Ausnahmen von dem Grundsatz der §§ 412,

---

[106]) Hierauf weisen zutreffend hin: Koban, S. 202; Förster, S. 30; Enneccerus, III, § 148, VI, A. 22.

401 BGB erschöpft seien, oder ob sie als Grundlage für die Formulierung eines allgemeinen Satzes verwertet werden müßten[107]). Mehrere Beispiele, die er bringt, lassen ihn die Anerkennung weiterer Ausnahmen als unabweisbar erscheinen. Deshalb will er auf Grund dieser Beispiele und der §§ 774 Abs. 2, 1173, 1225 S. 2 BGB die §§ 401, 412 BGB in einer bestimmten Weise „restriktiv interpretieren". Es sei zu unterscheiden, ob der durch die Sicherung Verpflichtete der Zessus selbst oder ein Dritter sei. In jenem Fall komme die Regel, daß der gesetzliche Übergang der Forderung den Übergang der Sicherheiten nach sich ziehe, voll zur Geltung. In diesem Fall trete ein Übergang der Sicherung auf den Zessionar nur ein, wenn ihm nach dem zwischen ihm und dem Dritten bestehenden Innenverhältnis gegen den Dritten Ersatzansprüche zuständen. „Der evidente Beweis" für die Richtigkeit dieses allgemeinen Satzes sei der § 1173 BGB[108]).

Diese Interpretation der §§ 401, 412 BGB wird allgemein abgelehnt und kann ebenfalls nicht als zutreffend anerkannt werden. Allerdings ist Breit ohne weiteres zuzugeben, daß nicht ausnahmslos bei einem gesetzlichen Übergang einer Forderung die für sie bestehenden Bürgschafts-, Hypotheken- oder Pfandrechte übergehen. Sowohl das Gesetz selbst, — nämlich gerade die §§ 774, II, 1173, 1225 S. 2 BGB — als auch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarungen können dem Erwerb der Nebenrechte entgegenstehen. Breit übersieht, daß die §§ 401, 412 BGB kein zwingendes Recht enthalten. Damit besagen aber seine Beispiele nichts. Denn ihre Lösungen ergeben sich alle auf Grund von ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen der in den einzelnen Fällen Beteiligten[109]). Auch § 1173 BGB kann als „evidenter Beweis" nicht angesehen werden, da er gerade eine Ausnahme von der Regel darstellt. Ebenso ist der Hinweis auf die §§ 774, II, 1225 S. 2 BGB verfehlt. Sie stellen ebenfalls Ausnahmen von den §§ 412, 401 BGB dar, die an der in diesen enthaltenen Regel nicht rühren, daß grundsätzlich mit einer Hauptforderung, mag sie kraft Vereinbarung oder Gesetzes übertragen werden, die für sie bestehenden Bürgschaften, Hypotheken und Pfandrechte übergehen, soweit nicht gesetzliche Vorschriften oder ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarungen entgegenstehen[110]). Die von Breit angestrebte „restriktive Interpretation" der §§ 401, 412 BGB findet im Gesetz keinen Anhalt und ist auch völlig überflüssig.

Eine ganz andere Frage ist es, in welcher Höhe nach den §§ 401, 412 BGB Drittsicherheiten, deren Übergang sich nach ihnen regelt, übergehen, wenn kraft Gesetzes oder ausdrücklicher oder stillschweigender

[107]) Gruchot, Bd. 48, S. 291 ff.

[108]) Ebenso im Anschluß an ihn Evers, S. 4, 42.

[109]) Vgl. im übrigen die eingehenden Erörterungen dieser Beispiele bei Tacken, S. 18 ff., Förster, S. 12 und Braun-Melchior, S. 186 ff., aus denen überdies hervorgeht, daß es sich bei zwei Beispielen Breits (S. 286 u. 289) überhaupt nicht um den Ausgleich zwischen Drittsicherern handelt.

[110]) Ebenso Förster, S. 16 und Tacken, S. 18, insbes. A. 50, die sich eingehend mit den Ausführungen Breits auseinandersetzen.

Vereinbarung von den Beteiligten nichts bestimmt worden ist. Sie gäbe Anlaß zu prüfen, ob der zweite von Breit auf Grund der §§ 774 Abs. 2, 1225 S. 2 BGB aufgestellte Satz, daß „im Zweifel Drittsicherer kraft Gesetzes untereinander zu gleichen Teilen zum Ausgleich verpflichtet sind und daher nur insoweit die Sicherheiten übergehen" als zutreffend anerkannt werden kann. Dies wird bei der Erörterung des Verhältnisses Pfand-Hypothek, das hierzu Gelegenheit gibt, erfolgen[111]).

[111]) Vgl. S. der Arbeit.

II. Abschnitt: Das Verhältnis ungleicher akzessorischer Sicherheiten.

I. Pfand und Hypothek.

Die Ausgleichsansprüche zwischen einem Verpfänder und einem Hypothekenbesteller richten sich in erster Linie nach den zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen. Die Pflicht zu einem bestimmten Ausgleich kann sich jedoch nicht nur aus ausdrücklichen Vereinbarungen, sondern auch aus den ganzen Umständen ohne weiteres ergeben.

Lediglich soweit eine Ausgleichspflicht besteht, erwirbt bei Befriedigung des Gläubigers mit der Hauptschuld der Verpfänder gemäß den §§ 1225, S. 1, 412, 401 BGB die Hypothek und der Hypothekenbesteller gemäß den §§ 1143 S. 1, 412, 401 BGB das Pfandrecht.

1. Wenn zwischen den Beteiligten keine Vereinbarungen über eine Ausgleichung getroffen worden sind noch aus irgendwelchen Umständen sich eine Ausgleichspflicht ergibt, hat anscheinend im Verhältnis vom Verpfänder zum Grundstückseigentümer stets dieser die gesamte Last zu tragen. Denn zahlt der Pfandeigentümer zuerst, so erlischt gemäß § 1256 Abs. 1 S. 1 BGB das auf ihn übergehende Pfand, indes er gemäß den §§ 1225 S. 1, 412, 401 BGB die Hypothek erwirbt, die auf den ihn befriedigenden Grundstückseigentümer mit der Hauptforderung gemäß den §§ 1143 Abs. I, 1153 BGB übergeht [1]). Die Hypothek wird nicht zur Grundschuld, da die Forderung, zu deren Sicherung sie dient, bestehen bleibt. (Hypothek des Eigentümers — § 1177 Abs. 2 BGB). Zahlt der Grundstückseigentümer als erster, so erwirbt er mit der Hauptforderung gemäß den § 1143 Abs. 1, S. 1, 412, 401 BGB das Pfand, während die Hypothek zwar auf ihn übergeht, aber bestehen bleibt. Wenn nunmehr der Verpfänder den Eigentümer befriedigt, erwirbt er gem. den §§ 1225 S. 1, 412, 401 BGB mit der Hauptforderung die Hypothek, indes das Pfand wiederum gemäß § 1256 Abs. 1 S. 1 BGB untergeht.

Der Grundstückseigentümer könnte aber die Lage entscheidend zu seinen Gunsten beeinflussen. Er müßte als erster den Gläubiger befrie-

---

[1]) Der ursprünglichen Ansicht von Strohal, DJZ 1903, S. 377, daß im Verhältnis vom Bürgen zum Verpfänder (und damit iauch in diesen Fällen, die er nicht anführt) das Pfand gemäß § 1256 Abs. 2 BGB bestehen bliebe und somit auf den den Pfandeigentümer befriedigenden Bürgen (hier Grundstückseigentümer) wiederum überginge, falls der Verpfänder (Grundstückseigentümer) sich an den Bürgen halten wolle, hat er selbst später keine Bedeutung mehr beigemessen. Strohal, JhJb. Bd. 61, S. 73, 74. Tatsächlich fehlt es an dem rechtlichen Interesse des Pfandeigentümers für das Fortbestehen. Dieses ist gerade nicht vorhanden. Vgl. auch Braun-Melchior, S. 178 A. 9; Lippmann, Thür.Bl. Bd. 51, S. 180 ff., 185. Im übrigen würde in den hier behandelten Fällen, die Strohal nicht beachtet hat, die Folge seiner ursprünglichen Ansicht eine gegenseitige Inanspruchnahme ohne Ende sein, da auch die Hypothek als Hypothek des Eigentümers bestehen bleibt. Vgl. Breit, Gruchot, Bd. 48, S. 288.

digen und dann sofort die auf ihn übergegange Hypothek löschen lassen. Damit wäre diese dem weiteren Zugriff des Verpfänders nicht mehr ausgesetzt, wenn er das auf ihn übergegangene Pfand in Anspruch nehme[2]). Diese Maßnahme würde der Grundstückseigentümer wohl regelmäßig versuchen. Die Folge dieser Möglichkeit ist aber, daß jeder der beiden Sicherheitsgeber dem anderen in der Befriedigung des Gläubigers wiederum zuvorzukommen versucht.

Dieses Ergebnis kann nicht gebilligt werden. Denn ihm stehen gleichfalls die rechtspolitischen Bedenken, die bei der Erörterung des Verhältnisses von Mitverpfändern zur Ablehnung der eine gesetzliche Ausgleichspflicht verneinenden Meinungen führten[3]), entgegen. Es ist im übrigen auch nicht einzusehen, warum bei diesen beiden wesensähnlichen Sicherungen der Hypothekenbesteller, falls er seine Hypothek nicht löscht, lediglich deshalb im Nachteil sein soll, weil das Eigentumspfandrecht schärfer an unbeweglichen als an beweglichen Sachen ausgebildet ist[4]).

Zwei Hauptansichten stehen sich gegenüber.

2. Diejenigen, die bereits in § 1225 BGB dem den Gläubiger befriedigenden Verpfänder den Eintritt in die Pfandrechte seiner Mitverpfänder versagten und ihn die Last allein tragen ließen[5]) wollen auch dem Verpfänder gegen den Hypothekenbesteller oder diesem gegen jenen keinen Ausgleichsanspruch geben. Sie lehnen daher auch den Übergang der Hypothek auf den befriedigenden Verpfänder und umgekehrt kraft Gesetzes ab.

Tasse[6]) und Braun-Melchior[7]) verweisen auf die Regelung des Verhältnisses der Gesamthypothekenbesteller in § 1173 BGB und der Mitverpfänder in § 1225 S. 2 BGB, der nach ihrer Ansicht gleichfalls im Zweifel kraft Gesetzes keine Pflicht zum Ausgleich und daher keinen Sicherungsübergang vorsieht.

Für sie besteht daher entsprechend zwischen Pfandbesteller und Grundstückseigentümer kraft Gesetzes keine Pflicht zur Ausgleichung, sondern nur, wenn sie vereinbart worden ist. Lediglich dann sollen in Höhe des vereinbarten Ausgleichsanspruchs die Hypothek auf den Verpfänder und das Pfand auf den Hypothekenbesteller übergehen[8]).

Sternberg[9]) verweist außer auf § 1173 und 1225 S. 2 BGB auch noch auf § 774 Abs. 2 BGB, denn nicht dieser, sondern § 769 BGB enthält nach seiner Ansicht die Ausgleichspflicht kraft Gesetzes für Mitbürgen. Er leitet aus diesen Vorschriften den Satz ab, wenn mehrere Sicherungen gleicher Art für eine Forderung beständen, erwürbe der den Gläu-

[2]) Braun-Melchior, S. 183, 184.
[3]) Vgl. S. 16 der Arbeit.
[4]) Braun-Melchior, S. 183.
[5]) Vgl. S. 18 Anm. 47 der Arbeit.
[6]) S. 39, 40.
[7]) S. 196, 197.
[8]) Ebenso RGRK, III, § 1225, 2, a.E.
[9]) S. 556.

biger befriedigende Sicherungsverpflichtete die übrigen Sicherungen mit der Hauptforderung nur dann und insoweit, als er einen Ausgleichsanspruch gegen die übrigen Sicherungspflichtigen hätte. Dieser Satz könne unbedenklich auf ein Zusammentreffen von Hypothek und Pfandrecht angewandt werden, da es sich um Sicherungen gleicher Art, — nämlich um Sachhaftungen — handele. Vom Gesetz wären aber gleichzeitig für die persönliche Haftung und die Sachhaftung verschiedene Grundsätze aufgestellt. Mitbürgen behandele es als Gesamtschuldner (§ 769 BGB) und verbände sie deshalb kraft Gesetzes untereinander zur Ausgleichung, indes für mehrere dinglich Verpflichtete eine Ausgleichspflicht nicht begründet werde.

Daher gibt auch Sternberg dem den Gläubiger befriedigenden Verpfänder gegen den Hypothekenbesteller bzw. diesem gegen jenen einen Ausgleichsanspruch nur kraft Vereinbarung. Lediglich dann läßt er in Höhe des Ausgleichsanspruchs die Hypothek auf den Verpfänder bzw. das Pfand auf den Hypothekenbesteller übergehen.

Planck-Strecker, die nicht auf eine bereits allgemein gefundene Regelung verweisen können, da Planck-Brodmann bei den Mitverpfändern dem befriedigenden Verpfänder einen vollen Ausgleichsanspruch und daher vollen Erwerb der Pfandrechte der Mitverpfänder gewähren und sie selbst bei der Gesamthypothek der herrschenden Lehre folgen[10]), wenden lediglich die Vorschriften des § 1173 BGB entsprechend an[11]). Die bei der Gesamthypothek gegen eine Ausgleichung sprechenden Bedenken träfen auch hier zu. Die gleiche Ansicht vertritt Biermann unter § 1143 BGB[12]), indes er unter § 1225 BGB[14]) erklärt, wie bei dem Verhältnis von Mitverpfändern sei keine sichere Entscheidung zu gewinnen, ob zwischen Hypothekenbesteller und Verpfänder kraft Gesetzes eine Ausgleichung und daher ein Übergang der Sicherheiten zu gleichen Anteilen oder keine Ausgleichung und daher kein Übergang der Sicherheiten stattfände. Ebenso verweist Warneyer unter § 1143 BGB[14]) darauf, daß für das Verhältnis zwischen Pfand und Hypothek der § 1173 BGB entsprechend angewendet werden müsse, indes er unter § 1225 BGB[15]) einen Ausgleichsanspruch und Übergang der Sicherheiten nach Kopfteilen gemäß § 426 BGB annimmt.

Diesen Ansichten kann nicht beigetreten werden. Zunächst gehen Tasse, Braun-Melchior und Sternberg von einer falschen Voraussetzung aus. Wie oben nachgewiesen wurde[16]), ist sowohl in § 774 Abs. 2 BGB als auch in § 1225 S. 2 BGB selbst im Zweifel eine Ausgleichspflicht zu gleichen Teilen kraft Gesetzes für jene Sicherheitsbesteller vorgesehen.

---

[10]) Vgl. S. 25 Anm. 79 der Arbeit.

[11]) § 1143, 3, d in Bd. III.

[12]) § 1143, 1, d, β.

[13]) 1, b, γ, die auf 1, b, β verweist.

[14]) II, § 1143, II, Abs. 4.

[15]) II, § 1225, Abs. 2.

[16]) Vgl. S. 13 ff. und S. 21 ff. der Arbeit.

Daher ist der Hinweis auf diese Vorschriften verfehlt und der von Sternberg aufgestellte Satz unrichtig.

Aber auch auf § 1173 BGB kann nicht hingewiesen werden. Es handelt sich bei ihm um eine aus ganz besonderen gesetzlichen Gründen geschaffene Ausnahmebestimmung von „unschädlicher Ineleganz". Die Bedenken, die den Gesetzgeber entgegen der ursprünglich vorgesehenen Regelung zu ihr veranlaßten, treffen auf das Verhältnis eines Verpfänders zu einem Hypothekenbesteller überhaupt nicht zu.[17]). Diese auf Grund besonderer Umstände geschaffene Ausnahmebestimmung kann daher nicht entsprechend angewandt werden. Schließlich ist die Heranziehung des § 1173 BGB auch deshalb nicht möglich, weil doch das Gesetz selbst ganz deutlich in den §§ 1225 S. 1, 1143, I S. 1 BGB in Verbindung mit den §§ 412, 401 BGB den Übergang der Sicherheiten als gewollt bezeichnet. Sie haben einzugreifen, sobald der Forderungsübergang stattfindet. Eine Ausnahmebestimmung hat der Gesetzgeber nicht geschaffen. Es fragt sich nur, in welchem Umfang kraft Gesetzes dieser Übergang stattfinden soll.

Vor allem aber sprechen gegen diese Ansichten rechtspolitische Bedenken. Denn jeder der Sicherheitsleistenden wird alles daran setzen, um den Gläubiger zu bestimmen, ihn nicht zuerst in Anspruch zu nehmen und den anderen die volle Last tragen zu lassen.

3. Dagegen treten diejenigen, die bereits bei den Mitverpfändern oder sogar der Gesamthypothek im Zweifel eine Ausgleichspflicht kraft Gesetzes zu gleichen Teilen und daher nur einen entsprechenden Übergang der Sicherheiten bei Befriedigung des Gläubigers durch einen ihrer Besteller annahmen,[18]), auch bei dem Zusammentreffen von Pfandrecht und Hypothek für die gleiche Lösung ein. Zu ihr, die allein zu billigen ist, gelangen sie jedoch auf verschiedenen Wegen.

Bendix[19]), Evers[20]), Oellers[21]), Leichsering[22]) und Schmidt[23], die, wie bereits wiedergegeben, den Verpfänder ebenso wie den Hypothekenbesteller als Schuldner des Gläubigers und damit diese untereinander als Gesamtschuldner ansehen, wenden auch für das vorliegende Verhältnis den § 426 BGB unmittelbar an[24]).

Dieser Begründung kann nicht beigetreten werden, denn weder der Verpfänder, noch der Hypothekenbesteller können nach dem Bürgerlichen Recht als Schuldner des Gläubigers und damit auch nicht als

[17]) Vgl. S. 28, S. 37 der Arbeit.

[18]) Vgl. S. 19 ff., 21 ff. und S. 25 ff. der Arbeit.

[19]) S. 90; im Anschluß an ihn Roth, LZ 1910, S. 358, III.

[20]) S. 35, 36.

[21]) S. 65, S. 66.

[22]) S. 44.

[23]) S. 96 u.; wenn § 426 BGB auch nicht unmittelbar passen sollte, will er ihn wenigstens analog anwenden, S. 101 u.

[24]) Ebenso Warneyer, Bd. 2 unter § 1225 Abs. 2 im Gegensatz zu § 1143, II, Abs. 4 und Koban, S. 203.

Gesamtschuldner gemäß § 426 BGB angesehen werden, wie bereits dargelegt wurde[25]).

Dagegen folgern Enneccerus-Wolff[26]) und Breit[27]) aus den §§ 774 Abs. 2, 1225 S. 2 BGB., daß im Zweifel mehrere dritte Sicherheitsbesteller kraft Gesetzes einander zum Ausgleich nach gleichen Teilen verpflichtet sind (Prinzip der Pflicht zur Ausgleichung nach gleichen Teilen).

Was für Bürgen und Mitverpfänder untereinander gelte, müsse auch gelten, wenn Bürgen, Verpfänder und Hypothekenbesteller zusammenträfen. Wie in jenen gebiete auch in diesen Fällen die Billigkeit, dem den Gläubiger befriedigenden Sicherungsgeber einen Ausgleichsanspruch gegen seine Mitverpflichteten zu gewähren. Die rechtliche Verschiedenheit der einzelnen Sicherheiten sei belanglos, weil es wirtschaftlich das gleiche sei, ob sich jemand als Bürge, Verpfänder oder Hypothekenbesteller verpflichtet.

Auch Schulz[28]) tritt für dieses Prinzip im Verhältnis mehrerer dritter Sicherungsgeber ein und ebenso Kohler[29]) im Verhältnis von dritten Verpfändern und Hypothekenbestellern untereinander und zum Bürgen, beide allerdings mit abweichender Begründung.

Schulz unterscheidet zwischen einem „Regreßgrund Erfüllung fremder Verbindlichkeiten" und einem „Regreßgrund zwecks Ausgleichung". Sein erster Regreßgrund entspricht dem in dieser Arbeit nicht weiter behandelten Rückgriff gegen den persönlichen Schuldner und sein zweiter Regreßgrund den in dieser Arbeit behandelten Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Drittsicherern. Diese sind nach ihm kraft Gesetzes stets im Zweifel zum anteiligen Ausgleich verpflichtet. Er stützt sich aber auf keine gesetzliche Bestimmung, vor allem nicht auf § 426 BGB, wie oft angenommen, aber von Schmidt[30]) richtig erkannt

[25]) Vgl. S. 27 mitte der Arbeit.

[26]) § 140, V, 1; § 165, II a.E.

[27]) S. 293, im Anschluß an ihn Düringer-Hachenburg, IV, § 349, A. 45; Staudinger-Kober, III, 2, § 1225, 2, b — Breit gibt selbst dieser Lösung den Vorzug vor der auf S. 292 gleichfalls zur Wahl gestellten, daß das Gesetz nur in den §§ 774, II, 1225, S. 2 BGB, eine Ausgleichspflicht festgesetzt habe und somit in allen anderen Verhältnissen von Drittsicherern der, der den Gläubiger zuerst befriedige, auch den Schaden tragen müsse. — Breit gelangt zu diesem Vorschlag auf Grund seiner verfehlten „restriktiven Interpretation" der §§ 401, 412 BGB. Er übersieht daher, daß ein Sicherungsübergang nach diesen Vorschriften in Verbindung mit den §§ 1143, Abs. 1, S. 1, 1225 S. 1 BGB erfolgen muß. Es fragt sich nur, in welchem Umfang. Im übrigen ist diese Lösung für das Verhältnis Bürge—Verpfänder und Bürge—Hypothekenbesteller bereits deshalb unzutreffend, weil § 776 BGB von einem Ersatz, den der Bürge nach § 774 BGB aus diesen Sicherheiten erlangen könne, spricht. Hierauf weist zutreffend hin Braun-Melchior, S. 200. — Ferner ist diese Lösung auch keineswegs billig, wie Breit meint. Denn er übersieht, daß dann jeder Sicherheitsbesteller versuchen würde, den Gläubiger zu bestimmen, ihn nicht in Anspruch zu nehmen. Hierauf weist zutreffend hin Tasse, S. 51.

[28]) S. 44, 45, 46, 67, 71.

[29]) II, 1, § 159, 3.

[30]) S. 102 o.

wird, sondern allein auf die Tatsache, daß sich mehrere Dritte für dieselbe Schuld verpflichtet haben[31]). Für ihn sind die §§ 774, II, 1225 S. 2 BGB lediglich Bestätigungen des von ihm vertretenen Prinzips.

Kohler stützt sich lediglich darauf, daß es der Bürgschaft ähnlich sei, wenn ein Dritter für den Schuldner ein Pfand oder eine Sypothek bestelle. Es würde ein Wertrecht geschaffen, in ebenso vorschüßlicher Weise, wie der Bürge seine Verpflichtung darbiete. Daher müßten derartige Pfandinhaber dem Bürgen gleich behandelt werden und zwischen ihnen unter sich und zwischen ihnen und Bürgen der gegenseitige Rückgriff nach Verhältnis stattfinden.

Daher besteht nach ihnen auch im Verhältnis des Verpfänders zum Hypothekenbesteller im Zweifel kraft Gesetzes die Pflicht zur Ausgleichung nach gleichen Teilen. Nur insoweit soll deshalb der den Gläubiger befriedigende Verpfänder die Hypothek bzw. der Hypothekenbesteller das Pfand erwerben.

Die Begründung von Schulz kann nicht als ausreichend angesehen werden. Denn schließlich bedarf ein im Gesetz selbst nicht unmittelbar ausgesprochener Satz doch eines Beweises.

Ebenso genügt es nicht, wie Kohler, lediglich auf die Ähnlichkeit der rechtlichen Natur von Bürgschaften, Pfändern und Hypotheken hinzuweisen. Auch ist nicht einzusehen, warum das Prinzip, wenn es tatsächlich dem Willen des Gesetzgebers entspricht, lediglich auf die von Kohler angezogenen Verhältnisse Anwendung finden soll.

Den Beweis, daß im Verhältnis mehrerer dritter Sicherheitsgeber kraft Gesetzes im Zweifel das Prinzip der Pflicht zur Ausgleichung nach gleichen Teilen gilt, bilden aber die §§ 774 Abs. 2, 1225 S. 2 BGB. In ihnen ist ein dahingehender Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck gekommen.

Dem steht nicht die Ausnahmebestimmung des § 1173 BGB entgegen. Es handelt sich bei ihr um eine „unschädliche Ineleganz" des Gesetzes. Sie beruht nicht etwa darauf, daß die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches es für verfehlt hielten, infolge der Rechtsnatur der Gesamthypothek unter ihren Bestellern entsprechend wie bei Mitbürgen und wie bei Mitverpfändern im Zweifel kraft Gesetzes eine Pflicht zur Ausgleichung nach gleichen Teilen und einen entsprechenden Übergang der Hypotheken an den Grundstücken der anderen Eigentümer auf den den Gläubiger befriedigenden Eigentümer festzusetzen. Hierfür ergeben sich aus der Entstehungsgeschichte keine Anhaltspunkte. Lediglich angesichts der Mühe, die es machte, für den Fall der Gesamthypothek einen Verteilungsmaßstab von allgemeiner Gültigkeit zu finden, verzichteten schließlich die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches überhaupt auf einen solchen.[32]).

Mit der in den §§ 774 Abs. 2, 1225 S. 2 BGB getroffenen Regelung hat der Gesetzgeber eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß er im Zwei-

---

[31]) Insbes. S. 45, Abs. 2 a.E.
[32]) Mot. Bd. 3, S. 685, S. 686.

fel kraft Gesetzes im Verhältnis von mehreren dritten Sicherungsverpflichteten eine Ausgleichspflicht zu gleichen Teilen und daher nur einen entsprechenden Übergang der Sicherheiten allein in Betracht kommend ansieht. Ferner zeigt die dahingehende Anordnung bei den Mitverpfändern, daß die rechtliche Verschiedenheit der einzelnen Sicherheiten nach dem Willen des Gesetzgebers belanglos ist und daß für ihn der gleiche wirtschaftliche Zweck, den auch Breit, Enneccerus-Wolff und Kohler anführen, entscheidet.

Daher kann unter besonderer Beachtung der soeben ausgeführten Gründe nur der von Enneccerus-Wolff und Breit vertretenen Begründung beigetreten werden.

Im Verhältnis mehrerer dritter Sicherheitsbesteller herrscht im Zweifel auf Grund der §§ 774 Abs. 2, 1225 S. 2 BGB kraft Gesetzes das Prinzip der Pflicht zur Ausgleichung nach gleichen Teilen. Nur insoweit findet daher ein Sicherungsübergang statt.

Daher hat für das Zusammentreffen von Pfand und Hypothek, für das im Gesetz keine besondere Bestimmung besteht, im Zweifel kraft Gesetzes eine Ausgleichung zu gleichen Teilen stattzufinden. Daher erwirbt der den Gläubiger befriedigende Verpfänder kraft Gesetzes auch nur insoweit die Hypothek bzw. der Hypothekenbesteller das Pfand.

Diese Lösung ist auch die allein gerechte und damit billigenswerte, denn gegen sie kann keines der rechtspolitischen Bedenken erhoben werden, die gegen jede andere Lösung sprachen.

II. Pfand und Bürgschaft.

Auch bei dem Verhältnis zwischen Verpfänder und Bürgen richten sich die Ausgleichsansprüche in erster Linie nach den getroffenen Vereinbarungen. Diese Pflicht kann auch hier sich nicht nur aus ausdrücklichen Vereinbarungen, sondern ebenfalls aus den ganzen Umständen, insbesondere einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis ohne weiteres ergeben.

Dementsprechend tritt gemäß den §§ 1225 S. 1, 412, 401 BGB der den Gläubiger befriedigende Verpfänder in das Recht gegen den Bürgen und der befriedigende Bürge gemäß den § 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB in die Hypothek nur in dem Umfang ein, in dem eine Ausgleichspflicht besteht.

1. Wenn es an Vereinbarungen über eine Ausgleichung mangelt und auch aus den Umständen sich eine Pflicht zu einer Ausgleichung nicht ergibt, scheint im Verhältnis Pfand—Bürgschaft derjenige Sicherheitsbesteller dem es gelingt, als erster den Gläubiger zu befriedigen, vollen Ersatz von dem anderen verlangen zu können.

Denn nach dem Gesetzeswortlaut scheinen auf den den Gläubiger befriedigenden Verpfänder gemäß den §§ 1225 S. 1, 412, 401 BGB die Bürgschaft und auf den befriedigenden Bürgen gemäß den §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB das Pfand mit der Hauptforderung im vollen Um-

fang überzugehen. Denn im Gesetz fehlt auch für diesen Fall eine ausdrückliche Bestimmung. Die Folge wäre tatsächlich, daß der zuerst befriedigende vollen Rückgriff nehmen könnte. Jeder der Sicherheitsleistenden würde also mit allen Mitteln versuchen, dem anderen in der Befriedigung des Gläubigers zuvorzukommen.

2. Dieses dem Wortlaut des Gesetzes entsprechende Ergebnis wird allgemein abgelehnt mit Ausnahme von Barkhausen[33]), der die Ansicht vertritt, daß bei dem gleichzeitigen Vorhandensein von Bürgen und Pfand- oder auch Hypothekenbestellern jeder dieser Sicherungsverpflichteten sich im vollen Umfang an die von dem anderen bestellte Sicherheit halten könne. Sie bedarf keiner eingehenden Widerlegung. Denn es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß dem Ergebnis, zu dem derartige Ansichten führen, durchgreifende rechtspolitische Bedenken entgegenstehen.

3. Von den beiden Hauptmeinungen, die sich auch hier wieder gegenüberstehen, nimmt die eine eine Bevorzugung des Bürgen vor dem Verpfänder kraft Gesetzes an.

Diese Meinung ist von Strohal begründet worden[34]), der überhaupt die Steitrfrage im deutschen Recht zuerst erörtert hat[35]).

Nach ihm ist dem Bürgen der Eintritt in das Pfand in vollem Umfang gewährleistet. Diese Vorzugsstellung des Bürgen ergebe sich ganz einwandfrei aus den §§ 774, 776 BGB[36]).

Der § 774 BGB unterscheide, ob die Hauptforderung durch Pfänder, Hypotheken und Bürgschaften gesichert sei. Er garantiere in seinem Abs. 1 S. 1 dem den Gläubiger befriedigenden Bürgen den unbeschränkten Eintritt in die Pfänder und Hypotheken, indes er für Mitbürgschaften in seinem Abs. 2 nur einen Übergang gemäß § 426 BGB vorsehe. Der Bürge dürfe also damit rechnen, das zur Befriedigung des Gläubigers von ihm Geleistete von dem Verpfänder bzw. aus dem Erlöse des Pfandes ersetzt zu erhalten. Dieser volle Eintritt in die Pfänder und Hypotheken würde daher auch in dem auf § 774 BGB verweisenden § 776 BGB als ein durch jenen unbeschränkt gegebener vorausgesetzt[37]). Er sorge dafür, daß der Bürge in seinem Regreßrecht keine Verkürzung erfahre.

Daher unterscheide auch § 776 BGB klar zwei Fälle, aus denen die Vorzugsstellung des Bürgen hervorgehe. Verbürge sich jemand für eine

---

[33]) S. 29 ff., insbes. S. 40.

[34]) DJZ 1903, S. 373 ff.; JhJb. Bd. 61, S. 59 ff.

[35]) Vorher war sie allerdings schon in der französischen Rechtswissenschaft Gegenstand eingehender Erörterungen, in denen die Strohal entgegengesetzte Meinung überwiegt. Vgl. Dalloz, nouv. code. civ. annoté, III, no 63, Art. 1252.

[36]) DJZ 03, S. 375, 376; JhJb. Bd. 61, S. 78—80, S. 83.

[37]) Diese Auslegung des § 774 Abs. 1 S. 1 BGB bildet die eigentliche Grundlage der Ausführungen Strohals auch in JhJb. Bd. 61, S. 59 ff., wie oft übersehen wird.

Forderung, die bereits durch ein Pfand gesichert sei, so träten bei Freigabe des Pfandes durch den Gläubiger die Wirkungen des § 776 BGB ein. Werde dagegen für eine schon durch eine Bürgschaft gesicherte Forderung ein Pfand bestellt, so sei der Verpfänder gegen eine Befreiung des Bürgen durch den Gläubiger nicht geschützt.

In seiner ersten Abhandlung[38]) läßt Strohal daher dem Verpfänder nur die Wahl zwischen zwei Möglichkeiten:

Entweder wolle er seine Sache als pfandfreie behalten. Da dann ein rechtliches Interesse des Eigentümers an der Fortdauer des Pfandrechts von selbst zu verneinen sei, gehe dieses gemäß § 1256 Abs. 1 BGB unter. Hieran müsse sich die Folge knüpfen, daß der Verpfänder die auf ihn übergegangenen Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen insoweit nicht geltend machen könne, als dieser im Falle des ihm durch die §§ 774, 776 BGB gewährleisteten Eintritts in das Pfandrecht hätte Befriedigung erlangen können.

Da, wie oben dargelegt wurde, nach Strohal dem Bürgen stets ein voller Rückgriff auf das Pfand gewährleistet ist, kann bei Wahl dieser ersten Möglichkeit der Verpfänder die Rechte gegen den Bürgen lediglich insoweit geltend machen, als er mehr, als sein Pfand wert war, geleistet hat.

Wenn der Verpfänder sich aber an den Bürgen halten wolle, greife § 1256 Abs. 2 BGB ein. Denn der Verpfänder sei sich darüber klar, daß er dem Bürgen den gemäß den §§ 774 Abs. 1, 776 BGB gewährleisteten Eintritt in sein Pfand offen zu lassen habe. Damit bringe er sein rechtliches Interesse an dem Fortbestand des auf ihn übergegangenen Pfandrechts zur Geltung. Deshalb könne der Bürge, der von dem Verpfänder in Anspruch genommen werde, wieder auf das Pfand zurückgreifen[39]).

Tatsächlich fehlt aber dem Verpfänder ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts[40]). Denn er will gerade die Last auf den Bürgen abwälzen, ohne jenen wiederum in sein Pfand eintreten zu lassen[41]).

Diese Ansicht Strohals kann daher bei der weiteren Erörterung außer Betracht bleiben, zumal er ihr selbst in seiner zweiten Abhandlung keine Bedeutung mehr beigemessen hat[42]).

In dieser zweiten Abhandlung erhseint es Strohal „doch wohl als das natürlichste", mit der Befriedigung des Gläubigers durch den Verpfänder die Verpflichtung des Bürgen auf Grund des ihm gemäß den §§ 774, 776 BGB gewährleisteten Rückgriffsrechtes in Höhe des in die-

---

[38]) DJZ 03, S. 377.

[39]) Diesem umständlichen Weg haben sich angeschlossen Sternberg, S. 564; Martinius, S. 543; Boethke, S. 859, 860; Crome, III, § 501, A. 29; Happek, Das Eintrittsrecht usw., S. 73, 74; Lueg, Das Eintrittsrecht usw., S. 34, 35; Merländer, S. 61 ff.; Koban, S. 211.

[40]) Es sei denn, daß andere nachgehende Pfandrechte an der Sache bestehen. Diese Sonderheit kann nicht berücksichtigt werden.

[41]) Vgl. insbes. Lippmann, Thür.Bl., Bd. 51, S. 185; Barkhausen, S. 33; Braun-Melchior, S. 178, A. 9; Tasse, S. 69; Leichsering, S. 17.

[42]) JhJb. Bd. 61, S. 74.

sem Augenblick durch den Wert der haftenden Sache gedeckten Betrages erlöschen und den Verpfänder nur noch in Höhe des von ihm geleisteten Überschusses vom Bürgen Ersatz erlangen zu lassen. Es sei nicht ersichtlich, welchem anderen Zweck noch hinsichtlich des ersteren Betrages ein von dem Verpfänder gegen den Bürgen genommener Rückgriff dienen solle, als zwecklosen und kostspieligen Weiterungen, da doch der Bürge in das Recht an der Sachhaftung wieder einrücken würde. Von Bedeutung wäre es nur, wenn zur Zeit des Rückgriffs gegen den Bürgen der Wert des Pfandes die Schuld nicht mehr in dem Maße decke, wie er es zur Zeit der Befriedigung des Gläubigers durch den Verpfänder getan hätte. Aber auch diese Umstände rechtfertigten nicht einen Eintritt des den Gläubiger befriedigenden Verpfänders in das Recht des Bürgen. Denn der Verpfänder habe dadurch, daß er, ohne persönlich verpflichtet zu sein, den Gläubiger befriedigte, gezeigt, daß ihm daran gelegen sei, die Sache zu behalten. Hieran müsse er festgehalten werden. Denn er habe abgewogen, ob er zahlen oder die Sache zwangsversteigern lassen solle. Wenn er sich verrechnet habe, könne er den Schaden nicht auf den Bürgen abwälzen. Dieser müsse vielmehr mit dem Augenblick, in dem der Verpfänder den Gläubiger befriedigt habe, in Höhe des Wertes des Pfandes endgültig frei werden[43]).

Das Gesetz stelle den Bürgen unter seinen besonderen Schutz, weil das Bürgschaftsinstitut seine wichtige Verkehrsfunktion umso besser erfülle, je weniger der Bürge Gefahr laufe, die Last endgültig tragen zu müssen. Für die Bevorzugung des Bürgen vor dem Verpfänder spreche auch der Umstand, daß dieser bereits etwas von seinem Recht aus der Hand gegeben habe, da er zugunsten des Gläubigers eine seine und seiner Rechtsnachfolger ändernde sachenrechtliche Verfügung vorgenommen habe. Der Bürge sei dagegen eine schuldrechtliche Verpflichtung eingegangen, von der er erwarte, daß sie zu einer Inanspruchnahme nicht führen werde.

Lippmann[44]) dagegen setzt der Freigabe des Drittverpfänders durch den Gläubiger in § 776 BGB den Fall gleich, daß der Verpfänder das Pfand einlöst. Deshalb würde der Bürge in Höhe des Wertes des Pfandes frei, sobald die Hauptforderung auf den Verpfänder übergehe.

Nach Lippmann ist mit einem bloßen Regreßrecht des Bürgen, auf dem Strohal aufbaut, die Streitfrage nicht zu lösen. Die wahre Bedeutung des § 776 BGB bestehe darin, daß er dem Bürgen mehr als ein

---

[43]) JhJb. Bd. 61, S. 74, 75; ebenso: Dorst, S. 110; Enneccerus, II, § 191, I, 3 und A. 10; Dernburg-Raape, II, 2, § 289, A. 8; Planck-Strecker, III, § 1143, 3, d; Planck-Brodmann, III, § 1225, 2, c; Staub-Gadow, III, § 349, A. 50; Biermann, § 1225 1, b, δ, ε; OLG Königsberg, Seuff.Arch. Bd. 76, S. 135; zweifelnd Oertmann, II, 2, § 774, 8, der am Ende seiner Ausführungen Strohal zuneigt und zu ihrem Beginn Breits Prinzip für richtig hält. — Im Endergebnis gleichfalls ebenso Lippmann in Thür.Bl. Bd. 51, S. 180 ff. (der Entgegnung auf Strohals Ausführungen in der DJZ 03, S. 373 ff.), jedoch mit anderer Begründung, worauf Strohal selbst in JhJb. Bd. 61, S. 75, A. 26 hinweist. Über Lippmann vgl. S. 41 der Arbeit.

[44]) Thür.Bl., Bd. 51, S. 183, S. 184.

bloßes Regreßrecht, nämlich ein bedingt wirksames Anrecht auf die Pfandrechte und Hypotheken gebe.

Im einzelnen führt Lippmann zum Beweise folgendes aus: Ein Rückgriffsrecht könne sich nur auf die Tatsache einer stattgefundenen Zahlung stützen. Somit müßte dem Bürgen nur von dem Augenblick seiner Zahlung ab ein Rückgriffsrecht zustehen. Tatsächlich sei dies aber nicht der Fall, denn der Bürge, der nicht zahle, könne der Klage des Gläubigers gegenüber gemäß § 776 BGB geltend machen, daß dieser schon vorher wertvolle Sicherheiten aus den Händen gegeben habe. Dagegen könne dies der Drittverpfänder nicht, es sei denn, daß ausdrücklich dahingehende Vorbehalte beständen. Das Recht des Bürgen auf anderweit für die Forderung bestellte Sicherheiten entstehe also nicht erst mit der Tatsache der Befriedigung des Gläubigers oder des Drittverpfänders, sondern, wie aus § 776 BGB deutlich folge, mit dem Abschluß des Bürgschaftsvertrages. Es sei also kein bloßes Rückgriffsrecht, sondern vielmehr ein Recht gegen die Person des Gläubigers selbst und unmittelbar, ein bedingt wirksames Anrecht, das § 776 BGB dem Bürgen gebe. Der Gläubiger könne und dürfe nach § 776 BGB Pfandrechte, auch wenn er sie später als die Bürgschaft erlangt hätte, nicht aus den Händen geben, ohne zugleich sein Recht gegen den Bürgen insoweit zu verlieren.

Allerdings spreche § 776 BGB nur von einer freiwilligen Entäußerung. Nach Sinn und Absicht des Gesetzes müsse eine freiwillige Entäußerung aber auch dann angenommen werden, wenn der Drittverpfänder den Gläubiger befriedige und damit die Forderung auf ihn übergegangen sei.

Tasse, der sich den Ausführungen von Lippmann anschließt[45]), erscheinen diese letzten Ausführungen mit Recht nicht klar genug. Nach ihm ist der Aufgabe des Pfandrechtes durch den Gläubiger das Erlöschen des Pfandrechtes infolge des Überganges kraft Gesetzes auf den Verpfänder bei Befriedigung des Gläubigers gleichzustellen[46]).

Braun-Melchior gelangt unter Verwerfung einer Anwendung des Gesetzeswortlautes und der Meinungen von Strohal und Lippmann zu dem Ergebnis, daß der Verpfänder gegenüber dem Bürgen stets die volle Last zu tragen habe und ihm jeder gesetzliche Regreß gegen die Bürgen versagt sei. Nach ihr erwirbt der Bürge, der den Gläubiger zuerst befriedigt, gemäß den §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB mit der Hauptforderung das Pfand. Der zuerst zahlende Verpfänder erwerbe gemäß § 1225 S. 1 BGB lediglich die Forderung gegen den persönlichen Schuldner. Die Bürgschaft erlösche[47]).

---

[45]) S. 70 ff.

[46]) S. 71; Wüllenweber, S. 50, 51.

[47]) S. 206. — Ebenso unter Hinweis auf Braun-Melchior RGRK, III, § 1225, 3, II, 2, § 774, 6, jedoch, wie ausdrücklich bemerkt wird, mit der Begründung Strohals in JhJb. Bd. 61 S. 59 ff.; dessen Ansicht, daß der Verpfänder, der mehr zahle, als die Pfandsache wert sei, sich wegen des Mehrbetrages an den Bürgen halten könne, sei verfehlt, da er überhaupt nicht zu zahlen

Die Annahme eines anteiligen Ausgleichs zwischen Verpfänder und Bürgen glaubt Braun-Melchior lediglich auf Grund folgender Erwägungen, die für sie den einzigen stichhaltigen Gegengrund darstellen und sie allein zu ihrer Lösung veranlassen, ablehnen zu müssen[48]):

Wenn ein Gläubiger, dessen Forderung durch eine Bürgschaft und durch ein Pfand gesichert sei, den Bürgen freigebe und dann der Verpfänder seine Sache einlöse oder der Gläubiger sich aus ihr befriedige, so erwachse dem Verpfänder, — wenn man anteiligen Regreß als gegeben annehme — gegen den freigewordenen Bürgen ein Ausgleichsanspruch auf die Hälfte. Denn weder dürfe der Verpfänder durch die Freigabe des Bürgen in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt werden, noch könne man annehmen, daß der Gläubiger, der den Bürgen freigegeben habe, sich nicht mehr in voller Höhe an das Pfand halten dürfe. Dieses unbillige und unbrauchbare Ergebnis werde allein dadurch vermieden, daß man einen vollen Ausgleichsanspruch des Bürgen gegen den Verpfänder vertrete.

Diese Ausführungen Braun-Melchiors sind verfehlt. Der Bürge, der von dem Gläubiger aus der Haftung entlassen wird, kann nicht mehr von dem Verpfänder des jetzt allein haftenden Pfandes zum Ausgleich herangezogen werden. Der Bürge ist vielmehr endgültig freigeworden. Er steht gar nicht mehr für die Hauptschuld ein. Daher ist es nicht verständlich, inwiefern er dem Verpfänder des in der gleichen Höhe weiterhaftenden Pfandes noch zum Ausgleich verpflichtet sein soll. Eine gesetzliche Grundlage gibt es für die Ausführungen Braun-Melchiors nicht und ist von ihr auch nicht nachgewiesen worden. Sie übersieht, daß die Vertreter des anteiligen Ausgleichs und daher Überganges der Sicherheiten, — denen in dieser Arbeit gefolgt wird — diesen nur dann annehmen und auch nur annehmen können, wenn zur Zeit der Befriedigung des Gläubigers tatsächlich Pfand- und Bürgschaft noch nebeneinander bestehen. Sobald der Gläubiger das Pfand aus der Haftung entläßt, vermindert sich die Haftung des Bürgen um die Hälfte, da er insoweit, — immer anteiligen Ausgleich vorausgesetzt — Ersatz verlangen konnte und das Pfandrecht daher insoweit erworben hätte. Entläßt der Gläubiger den Bürgen aus der Haft, so haftet das Pfand ihm allein weiter und der Verpfänder hat allein die Last zu tragen, wenn

---

brauche und wenn der Gläubiger sich aus dem Pfande befriedige, kein Regreßrecht gegen den Bürgen habe. Daher könne ihm ein solches auch nicht erwachsen, wenn er freiwillig mehr zahle als dem Wert des Pfandes entspreche. — Diese Ausführungen sind verfehlt. Wenn der Gläubiger sich aus dem Pfande befriedigt, erhält der Verpfänder nur in der Höhe, in der jener befriedigt wurde, also dem Wert des Pfandes, die Hauptforderung und damit auch nicht in höherem Umfang mit ihr die Rechte gegen den Bürgen, dessen Verpflichtung nach Strohal aber gerade insoweit erlöschen soll. Wenn aber der Verpfänder den Gläubiger befriedigt, und dadurch mehr zahlt, als sein Pfand wert ist, erhält er auch in dem gleichen höheren Umfang die Hauptforderung und mit ihr die Rechte gegen den Bürgen. Daher ist es vom Standpunkt Strohals aus richtig, daß er sich in Höhe des Mehrbetrages an den Bürgen halten kann, da insoweit dessen Verpflichtung nicht erloschen ist.

[48]) S. 203 ff.

der Hauptschuldner nicht zahlt, wie er sie ohne Eintreten des Bürgen auch sonst zu tragen gehabt hätte. Insofern kann nicht einmal von einer Beeinträchtigung des Verpfänders in seiner Rechtsstellung gesprochen werden. Für ihn gibt es eine dem § 776 BGB entsprechende Bestimmung nicht. Das Gesetz hat gerade nicht eine Bestimmung getroffen, kraft deren der Verpfänder, soweit er vom Bürgen Ersatz verlangen kann, frei wird, falls der Gläubiger das Recht gegen den für dieselbe Forderung haftenden Bürgen aufgibt. Daher kann der Gläubiger sich nach der Freigabe des Bürgen nach wie vor in voller Höhe an das Pfand halten.

Aber auch die Meinungen von Strohal, Lippmann und Tasse können nicht gebilligt werden.

Wenn Strohal ausführt, der § 774 Abs. 1 S. 1 BGB garantiere dem Bürgen den vollen Eintritt in das Pfandrecht, so vergißt er, daß auch von ihm selbst gerade erst geprüft werden soll, in welchem Verhältnis Bürgschaft und Pfand zueinander stehen. Bevor Strohal mit Hilfe des § 776 BGB zu seinem Ergebnis gelangt, läßt er bereits gemäß § 774 Abs. 1 S. 1 BGB den Bürgen in vollem Umfang in das Pfand eintreten. Diese Beweisführung stellt eine Umkehr von Beweis und Folge dar[49]). Damit entfällt aber auch die weitere Schlußfolgerung Strohals, daß § 776 BGB den unbeschränkten Eintritt des Bürgen in das Pfand als durch § 774 Abs. 1 S. 1 BGB vorgesehen voraussetze. Der § 776 BGB sagt lediglich, daß ein Bürge insoweit frei werde, als er aus dem vom Gläubiger aufgegebenen Pfandrecht gemäß § 774 BGB hätte Ersatz erlangen können. In welchem Umfang aber der Bürge gemäß § 774 Abs. 1 S. 1 BGB Ersatz erlangt, wird gerade untersucht, nachdem sich, auch für Strohal[50]), herausgestellt hat, daß eine wörtliche Anwendung der §§ 774 Abs. 1 S. 1 und 1225 S. 1 BGB nicht in Betracht kommt. Der § 776 BGB ist keine Bestimmung, die ein Rückgriffsrecht des Bürgen gegen den Verpfänder schafft, sondern es als durch § 774 BGB geregelt voraussetzt.[51]).

Endlich sind auch die von Strohal angestellten allgemeinen Billigkeitserwägungen verfehlt. Die Verkehrsfunktion des Pfandrechts ist genau so wichtig wie die der Bürgschaft und beide daher gleich schutzbedürftig. Die Erwartung des Bürgen, nicht in Anspruch genommen zu werden, dürfte auch dem Verpfänder, überhaupt jedem Sicherheitsbesteller, eigen sein.

Auch Lippmann und Tasse, die in der Auslegung des § 776 BGB noch weitergehen als Strohal, unterstellen dieser Vorschrift eine gar nicht in ihr liegende Bedeutung. Ihre Ansicht, daß in § 776 BGB der Aufgabe des Pfandrechts durch den Gläubiger das Erlöschen des Pfandrechts infolge des Überganges kraft Gesetzes auf den den Gläubiger befriedigenden Verpfänder gleichgestellt sei, ist mit dem Wortlaut und Zweck dieser Vorschrift unvereinbar.

---

[49]) Breit, Gruchot Bd. 48, S. 289; Braun-Melchior, S. 200.
[50]) DJZ 03, S. 373; JhJb. Bd. 61, S. 61.
[51]) Braun-Melchior, S. 199.

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern gerade aus § 776 BGB folgen soll, daß der Bürge mit Abschluß des Bürgschaftsvertrages ein bedingt wirksames Recht auf die für dieselbe Schuld einstehenden Pfänder erhalte. Von einem derartigen Recht könnte man höchstens auf Grund der §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB sprechen. Kraft dieser Vorschriften ist dem Bürgen bei Eingehung seiner Verpflichtung gewiß, daß er bei Befriedigung des Gläubigers dessen Forderung gegen den Hauptschuldner mit den für sie bestehenden Pfandrechten erwirbt. Der § 776 BGB verspricht derartiges nicht, sondern setzt es vielmehr als durch jene Vorschriften vorgesehen voraus. Denn er läßt den Bürgen, sobald der Gläubiger ein für dieselbe Forderung bestelltes Pfandrecht aufgibt, „insoweit frei werden, als er aus dem aufgegebenen Pfandrecht nach § 774 BGB hätte Ersatz erlangen können". Deutlicher konnte das Gesetz in § 776 BGB selbst nicht zum Ausdruck bringen, daß seine Vorschrift eine Folge des dem Bürgen in den §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB gewährten Rückgriffsrechtes gegen die Pfandrechte ist, das nach jenen Vorschriften mit Abschluß des Bürgschaftsvertrages entsteht und mit der Befriedigung des Gläubigers ausgeübt werden kann.

Verfehlt ist es, wenn Tasse dafür, daß der Bürge bereits mit der Übernahme der Bürgschaft gemäß § 776 BGB ein bedingt wirksames Recht auf die für dieselbe Forderung einstehenden Pfänder erhalte, auf die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 65, S. 273 hinweist[52]). Zwar führt das Reichsgericht aus, daß „auf Grund der von Gesetzeswegen mit jeder Bürgschaftsübernahme verknüpften Rechtsfolgen eines Überganges der Forderung des Gläubigers mit allen Sicherheiten auf den Bürgen, der den Gläubiger befriedigt, der Bürge schon durch die Entstehung der Bürgschaft ein bedingtes Anrecht auf die Forderung gegen den Hauptschuldner nebst allen den Gläubigern hierfür zustehenden Sicherheiten erwerbe". Aber das Reichsgericht stützt seine Ausführungen nicht auf den § 776 BGB, sondern zutreffend auf die §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB, wie sich aus den Ausführungen selbst ergibt und worauf es auch ausdrücklich in dem den angeführten Worten vorausgehenden Satz hinweist.

Mit diesen Ausführungen hat das Reichsgericht keineswegs zum Ausdruck gebracht, daß der Bürge vor dem Verpfänder bevorzugt sei, selbst wenn es einen Fall mehrfacher Drittsicherung meint[53]). Denn in

[52]) S. 71.

[53]) Denn die Entscheidung behandelt gerade nicht einen solchen Fall. Vielmehr hat der Hauptschuldner selbst eine ihm zustehende Forderung verpfändet. Die Urteilsgründe lassen nicht klar erkennen, ob das Reichsgericht erkannt hat, daß es sich nicht um einen Fall doppelter Drittsicherung handelt. Braun-Melchior weist daher S. 197 mit Recht darauf hin, daß deshalb die Entscheidung nicht als Beleg für irgendeine Ansicht des Reichsgerichts in der Frage nach der Ausgleichspflicht zwischen Bürgen und Drittverpfänder angesehen werden darf. — Ebenso hat das Reichsgericht in Bd. 85, S. 363 den Ausgleichungsfall Bürge—Verpfänder zwar erwähnt, aber nicht entschieden. Zu Unrecht wird dieses Urteil vom OLG Königsberg in Seuff.A. Bd. 76, S. 135 als ein Hinneigen des Reichsgerichts zu der Ansicht aufgefaßt, daß der Bürge gegenüber dem Drittverpfänder rechtlich bevorzugt sei.

welchem Umfang der Bürge sein Anrecht auf das Pfandrecht ausüben kann, hat das Reichsgericht nicht erörtert. Dies ist aber gerade die Frage, um die es geht.

Lippmann und Tasse und wohl auch das Reichsgericht übersehen, daß gemäß den §§ 1225 S. 1, 412, 401 BGB für den Besteller eines Pfandrechtes genau das gleiche gilt wie für den Bürgen gemäß den §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB. Er hat ebenfalls auf Grund jener Vorschriften mit dem Augenblick der Verpfändung ein bedingtes Anrecht auf die Forderung gegen den Hauptschuldner nebst allen dem Gläubiger für diese einstehenden Sicherheiten erworben. Die Lösung der Frage, in welchem Umfang im Verhältnis Verpfänder-Bürge der beiden Sicherheitsbestellern vom Gesetz zugesagte Übergang der anderen Sicherheit bei Befriedigung des Gläubigers durch einen von ihnen erfolge, kann nicht dadurch versucht werden, daß die Vorschrift des § 1225 S. 1 BGB und der mit ihr anzuwendende Grundsatz der §§ 412, 401 BGB völlig unbeachtet gelassen werden. Sie ist auch nicht dadurch möglich, daß man den § 776 BGB heranzieht und aus ihm, wie Strohal, ein Rückgriffsrecht oder, wie Lippmann und Tasse, ein bedingtes Anrecht lediglich des Bürgen auf das Pfand des Verpfänders in voller Höhe folgert, die in ihm gar nicht enthalten sind.

Gewiß gibt das Gesetz durch den § 776 BGB dem Bürgen in einer Hinsicht dem Drittverpfänder gegenüber einen Vorzug. Dieser besteht darin, daß gegenüber dem Gläubiger, wenn er den Verpfänder frei gibt, der Bürge frei wird, insoweit er nach § 774 BGB hätte Ersatz erlangen können. Falls der Gläubiger den Bürgen entläßt, berührt dies dagegen die Pfandhaftung nicht. Aber eine andere Bestimmung ist in § 776 BGB nicht enthalten. Aus ihr folgt niemals, daß, falls der Gläubiger Bürgen und Pfänder nicht befreit, der zahlende Bürge vollen Rückgriff an den Pfändern, der zahlende Verpfänder keinen Rückgriff an dem Bürgen habe. Dies auf Grund eines angeblich in § 776 BGB selbst enthaltenen Rückgriffsrechtes oder bedingt wirksamen Anrechtes des Bürgen zu folgern, heißt eine Unterstellung vornehmen. Um eine erweiterte Auslegung der Fassung des § 776 BGB handelt es sich nicht mehr. Sein Zweck ist lediglich, den Bürgen vor einseitigen Verfügungen des Gläubigers über die für dieselbe Forderung bestehenden Pfandrechte zu schützen. Dieser Zweck ist bei der Auslegung des § 776 BGB zu beachten. Er steckt die Grenzen für diese ab. Der § 776 BGB regelt die Wirkungen, die die Aufgabe von Pfandrechten durch den Gläubiger im Verhältnis von diesem zu dem für dieselbe Forderung einstehenden Bürgen haben soll. Aber er regelt nicht das Ausgleichsverhältnis zwischen einem Bürgen und einem Verpfänder, wenn einer von ihnen den Gläubiger befriedigt.

Aus der Aufgabe des § 776 BGB erklärt sich einfach und deutlich auch die von ihm getroffene Bestimmung: Die Begünstigung des Bürgen vor dem Verpfänder stellt sich als Korrelat der unbeschränkten Bürgenhaftung gegenüber der beschränkten Pfandhaftung dar. Einem Bürgen ist es ungleich schwerer, den Gläubiger zu seiner Entlassung zu

bestimmen, als einem Verpfänder, der immer nur mit dem Pfandgegenstande haftet und dessen Pfand in seinem Wert meist Schwankungen unterliegt. Deshalb hat der Verpfänder einen Rückgriff gegen den nicht entlassenen Bürgen, aber keine Rechtsaussicht auf diese Nichtentlassung[54]).

Schließlich steht bei der von Lippmann und Tasse wie auch bei der von Strohal vertretenen Ansicht, daß in Höhe des Wertes des Pfandes die Bürgschaft erlösche, wenn der Verpfänder den Gläubiger befriedigt, niemals genau fest, in welcher Höhe denn nun tatsächlich die Bürgschaft erloschen ist. Denn der Wert des Pfandes wird in den seltensten Fällen genau der Höhe der Forderung entsprechen, die aber der Verpfänder tilgen muß, wenn er eine Befriedigung des Gläubigers aus seinem Pfande verhüten will. Erst nach langwierigen Schätzungen würden die Beteiligten wissen, in welcher Höhe noch der Bürge in Anspruch genommen werden könnte. Auch aus diesem praktischen Gesichtspunkt sind jene Meinungen abzulehnen.

4. Die andere Hauptmeinung nimmt auch unter Bürgen und Verpfändern im Zweifel kraft Gesetzes eine Pflicht zum Ausgleich nach gleichen Teilen an und läßt daher die Sicherheiten bei Befriedigung des Gläubigers durch einen ihrer Besteller nur entsprechend übergehen. Zu diesem Ergebnis, in dem alle ihre Anhänger übereinstimmen, gelangen sie auf verschiedenen Wegen.

Für Bendix[55]), Oellers[56]), Evers[57]), Leichsering[58]) und Schmidt[59] ist ein Verpfänder als Schuldner des Gläubigers und damit als Gesamtschuldner des Bürgen anzusehen[60]). Sie wenden deshalb auf das Verhältnis Verpfänder—Bürge den § 426 BGB an. Im einzelnen wird auf die Ausführungen dieser Schriftsteller verwiesen.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden, denn der Verpfänder ist, wie bereits ausgeführt wurde, nicht ein Schuldner des Gläubigers und damit auch nicht ein Gesamtschuldner des Bürgen[61]).

Dagegen nehmen Enneccerus-Wolff[62]) und Breit[63]) auf Grund des nach ihrer Meinung in den §§ 774, II, 1225 S. 2 BGB zum Ausdruck gekommenen „Prinzipes der Pflicht zur Ausgleichung nach gleichen Teilen zwischen mehreren dritten Sicherheitsverpflichteten kraft Gesetzes"

---

54) Enneccerus, III, § 141, V, 1, A. 16.
55) S. 91 ff.; ebenso Roth, LZ 1910, S. 358, III.
56) S. 73 ff.
57) S. 42.
58) S. 42, 43.
59) S. 97 oben; falls § 426 nicht unmittelbar passen sollte, will er ihn mindestens analog anwenden. S. 101 unten.
60) Vgl. S. 19 u. ff. der Arbeit.
61) Vgl. S. 21, oben, der Arbeit.
62) § 140, V, 1, A. 16; § 160, III, § 165, II.
63) S. 293; im Anschluß an ihn Düringer-Hachenburg, IV, § 349, A. 45; Staudinger-Kober, III, 2, § 1225, 2, b und für das behandelte Verhältnis auch Soergel, III, § 1225, 2. Zweifelnd Oertmann, II, 2, § 774, 8.

und ebenso Schulz[64]) und Kohler[65]) auf Grund des gleichen von ihnen mit anderer Begründung vertretenen Satzes auch zwischen Bürgen und Verpfändern kraft Gesetzes eine Pflicht zum Ausgleich nach gleichen Teilen an und lassen daher nur insoweit einen Übergang der Sicherheiten satttfinden[66]).

Diese Ansicht ist zu billigen und zwar ist der Begründung von Enneccerus-Wolff und Breit beizutreten, wie bereits ausgeführt wurde[67]). Sie führt auch in dem zur Erörterung stehenden Verhältnis zu einer für alle Beteiligten gleich billigen und gerechten Lösung.

Auch im Verhältnis Verpfänder—Bürge besteht im Zweifel kraft Gesetzes eine Pflicht zur Ausgleichung nach gleichen Teilen. Daher tritt der Bürge, der den Gläubiger befriedigt, gemäß den §§ 774, I, 412, 401 BGB lediglich zur Hälfte in das für dieselbe Forderung bestehende Pfandrecht ein, und ebenso erwirbt der Verpfänder, falls er zuerst den Gläubiger befriedigt, gemäß den §§ 1225 S. 1, 412, 401 BGB die Bürgschaft nur zur Hälfte.

III. Hypothek und Bürgschaft.

Für das Verhältnis zwischen Hypothekenbesteller und Bürgen sind ebenfalls grundsätzlich zunächst die zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen dafür maßgebend, ob und inwieweit sie einander zum Ausgleich verpflichtet sind.

Diese Pflicht braucht nicht ausdrücklich vereinbart zu sein, sondern kann sich aus den ganzen Umständen, insbesondere einem zwischen den Sicherungsverpflichteten bereits bestehenden Rechtsverhältnis, ohne weiteres ergeben.

Dementsprechend tritt gemäß den §§ 1143 Abs. 1, S. 1, 412, 401 BGB der den Gläubiger befriedigende Hypothekenbesteller in das Recht gegen den Bürgen und der befriedigende Bürge gemäß den §§ 774 Abs. 1, 412, 401 BGB in die Hypothek nur in dem Umfang ein, in dem die Sicherungsgeber sich ausgleichen müssen.

1. Falls zwischen den Beteiligten keine Vereinbarung über eine Ausgleichung getroffen worden ist, noch aus irgendwelchen Umständen sich eine Ausgleichspflicht ergibt, scheint im Verhältnis vom Bürgen zum Hypothekenbesteller, für das im Gesetz keine besondere Bestimmung geschaffen ist, immer der letztere die gesamte Last zu tragen. Denn zahlt der Bürge zuerst, so erlischt die Bürgschaft, indes er gemäß den §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB die Hypothek erwirbt, die auf den ihn befriedigenden Grundstückseigentümer zwar mit der Hauptforderung übergeht, aber bestehen bleibt. (Hypothek des Eigentümers — §§ 1143 Abs. 1, 1153, 1177 Abs. 2 BGB). Befriedigt dagegen der Grundstückseigentümer den Gläubiger als erster, so erwirbt er mit der Haupt-

[64]) S. 67.

forderung gemäß den §§ 1143 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB die Bürgschaft, während die Hypothek zwar auf ihn übergeht aber bestehen bleibt. Wenn nunmehr der Bürge den Eigentümer befriedigt, erwirbt er gem. den §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB mit der Hauptforderung die Hypothek, indes die Bürgschaft erlischt.

Allerdings wäre der Grundstückseigentümer in der Lage, eine Änderung zu seinen Gunsten herbeizuführen. Er müßte als erster den Gläubiger befriedigen und dann sogleich die auf ihn übergegangene Hypothek löschen lassen. Dann wäre sie dem weiteren Zugriff des Bürgen nicht mehr ausgesetzt, wenn er die auf ihn übergegangene Bürgschaft geltend macht. Wohl jeder Grundstückseigentümer würde daher versuchen, als erster den Gläubiger zu befriedigen, indes auch der Bürge regelmäßig das gleiche Bestreben hätte, um die Hypothek zu erwerben.

2. Diese dem Wortlaut des Gesetzes entsprechenden Ergebnisse werden von Barkhausen gebilligt[68]). Nach ihm soll sich bei dem gleichzeitigen Vorhandensein von Bürgen, Pfand- oder auch Hypothekenbestellern jeder dieser Sicherungsverpflichteten in vollem Umfang an die von den anderen bestellten Sicherheiten halten können.

Zur Widerlegung dieser Ansicht kann auf die Gründe, die gegen sie bereits bei der Erörterung des Verhältnisses zwischen Pfand und Bürgschaft angeführt wurden, verwiesen werden[69]).

Im übrigen stehen sich auch hier, wie bei dem Verhältnis Bürge—Verpfänder, zwei von denselben Vertretern getragene Hauptmeinungen gegenüber.

3. Die Schriftsteller, die dort dem Bürgen den Vorzug vor dem Verpfänder gaben, geben ihn ihm auch hier vor dem Grundstückseigentümer.

Strohal leugnet, daß der Grundstückseigentümer die oben dargelegte Maßnahme zu seinen Gunsten ergreifen könne, denn der Bürge würde dann von seiner Haftung insoweit frei werden, als er im Falle des Fortbestehens der Hypothek aus dem Grundstück hätte Ersatz verlangen können[70]). Dies sei aber in voller Höhe der Fall, wie sich aus den §§ 774 Abs. 1, 412, 401, 776 BGB ergebe, kraft deren dem Bür-

---

[65]) II, 1, § 159, III.

[66]) Über die unterschiedliche Begründung vgl. S. 36 ff. der Arbeit. Zu dem gleichen Ergebnis für das behandelte Verhältnis gelangen auch Kipp-Windscheid, II, § 481, 3, A. 1 unter entsprechender Anwendung des § 1225 S. 2 BGB, und Siméon-David, I, § 78, 6, A. 4 unter Berufung auf die den § 774, II, 426 BGB zugrundeliegenden Rechtsgedanken. Die Begründung dieser Schriftsteller ist nicht umfassend genug.

[67]) Vgl. S. 38 der Arbeit.

[68]) S. 29 ff., 40.

[69]) S. 39 o. der Arbeit.

[70]) DJZ 03, S. 376, ebenso Braun-Melchior, S. 184, Koban, S. 210, 211; Faß, Die Befriedigung usw., S. 77; Sternberg,- S. 560; Eschle, Das Befriedigungsrecht usw., S. 43, A. 1.

gen gegenüber dem Grundstückseigentümer wie dem Verpfänder gegenüber ein Rückgriffsrecht im vollen Umfange gewährleistet sei[71]). Der Grundstückseigentümer sei daher, auch wenn er die Eigentümerhypothek nicht löschen lasse, stets der Leidtragende. Die Möglichkeit zu dieser „befriedigenden Lösung" zu kommen, liege gerade darin, daß die Hypothek bei Befriedigung des Gläubigers durch den Grundstückseigentümer nicht erlösche und somit für den Bürgen der Eintritt in die zur Sicherung der Forderung des ursprünglichen Gläubigers bestellte Hypothek eröffnet sei. Daher gingen Hypothek und Bürgschaft, wenn der Eigentümer den Gläubiger zuerst befriedige, zwar zunächst auf ihn über. Die Hypothek erwürbe aber dann, wenn er sich wieder an den Bürgen halte, wiederum dieser[72]).

Ehe auf diese Art und Weise der endgültige Ausgleich hergestellt wäre, müßten von den Beteiligten mehrere Klagen angestrengt werden. Diese unangenehmen Folgen vermeidet Strohal durch die in seiner zweiten Abhandlung vertretene, bereits bei der Erörterung des Verhältnisses Pfand-Bürgschaft dargelegte Lösung[73]). Nach ihr erlischt die Verpflichtung des Bürgen auf Grund des ihm gemäß den §§ 774 Abs. 1, S. 1, 776 BGB gewährleisteten Rückgriffsrechtes mit der Befriedigung des Gläubigers durch den Grundstückseigentümer, aber nur in Höhe des in diesem Augenblick durch den Wert des Grundstücks gedeckten Betrages. In Höhe des den Wert seines Grundstückes übersteigenden Betrages der von ihm gezahlten Hauptschuld trete der Grundstückseigentümer in das Recht gegen den Bürgen ein[74]). Denn es sei durchaus denkbar, daß ein Grundstückseigentümer mit Rücksicht auf seine Kreditwürdigkeit oder aus einem sonstigen Interesse an dem Grundstück, obwohl es die Hauptforderung nicht voll decke, den Gläubiger, der mit einer dem Wert des Grundstücks entsprechenden Teilleistung nicht zufrieden sei, befriedige, um die Zwangsversteigerung zu vermeiden[75]).

Wenn man dem Eigentümer den Eintritt in das Recht des befriedigten Gläubigers gegen den Bürgen auch insoweit versagen wolle, so würde nach der nicht zum Ziele führenden Zwangsvollstreckung in das

---

[71]) DJZ 03, S. 375, 376; JhJb. Bd. 61, S. 79, 80, 83, 84.

[72]) Diesen recht umständlichen Weg, Ausgleichung zu erlangen, halten für richtig: OLG Posen in OLG Bd. 35, S. 331; OLG Zweibrücken in Bayr.Z. 1912, S. 364; Koban, S. 210 ff.; Oberneck, II, § 138, 2, c, A. 23; Sternberg, S. 560; Merländer, S. 62; Crome, III, § 501, A. 29; Eschle, S. 42 ff.; Lueg, S. 34; Faß, S. 76 ff.; RGRK, III, § 1143, A. 6; vgl. aber § 1225, 3, in dem betont wird, daß die dortigen Ausführungen auch für das Verhältnis Bürge—Hypothekenbesteller gelten. Dort wird unter der Verwendung der Begründung Strohals in JhJb. Bd. 61, S. 59 ff. die Lösung Braun-Melchiors gebilligt. Insoweit besteht in der Begründung zwischen § 1143, 6 und § 1225, 3 eine Abweichung, wenn das Endergebnis auch schließlich das gleiche ist.

[73]) Vgl. S. 40 ff. d. Arb.

[74]) JhJb. Bd. 61, S. 74, 75.

[75]) Strohal, JhJb. Bd. 61, S. 75, A. 27, ebenso Braun-Melchior, S. 210; Tasse, S. 61.

Grundstück der Bürge wegen der Restforderung doch noch in Anspruch genommen werden. Dieser gewänne aber dadurch nicht das geringste.

Allerdings handele es sich nicht um einen Ausgleichsanspruch im Sinne des § 426 Abs. 1 BGB. Die Haftung des Bürgen gegenüber dem Grundstückseigentümer erschöpfe sich vielmehr darin, daß dieser in dem bezeichneten Umfange in das Recht des Gläubigers gegen den Bürgen eintrete[76]).

Zutreffend führt Tasse dagegen aus[77]), daß es sich dennoch um einen Ausgleich handele und zwar nach dem Verhältnis des Wertes und Überwertes des Grundstücks[78]).

Zu dem gleichen Ergebnis wie Strohal in seiner zweiten Abhandlung, gelangt auch hier wieder Lippmann[79]). Allerdings ist die Begründung seiner Ansicht eine andere und zwar die gleiche wie bei dem Verhältnis zwischen Bürgen und Verpfänder. Es kann daher auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden[80]).

Tasse folgt in diesem Fall nicht der Meinung Lippmanns wie in dem Verhältnis Bürge—Verpfänder. Vielmehr billigt er, ohne dies näher zu begründen, die Ansicht Strohals. Jedoch hält er es für richtiger, statt die Forderung gegen den Bürgen untergehen zu lassen, dem Bürgen die Einrede der Arglist zu geben, sobald der Grundstückseigentümer, der zuerst den Gläubiger befriedigt hätte, Ersatz vom Bürgen verlange, obwohl er nach Empfäng der Zahlung wegen des gleichen Betrages vom Bürgen auf Befriedigung aus dem Grundstück belangt werden könne[81]).

Allerdings werde vom Grundstückseigentümer nicht genau dasselbe gefordert, was er wieder zu leisten habe. Er fordere Geld und müsse später wegen dieser Summe nur die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück dulden. Es wäre aber wider Treu und Glauben, wenn der Grundstückseigentümer in diesem Augenblick sich dem Bürgen gegenüber auf den formellen Unterschied in seiner sachlich gleichen Verpflichtung berufen würde. Denn er habe dem Gläubiger gegenüber aus freien Stücken Zahlung statt Duldung der Zwangsvollstreckung gewählt.

Jedoch könne die Einrede der Arglist lediglich in Höhe des Grundstückswertes erhoben werden, da es sich nur insoweit um eine mehrfache Sicherung handele[82]). Die entgegenstehende Ansicht des Oberlandesgerichts Posen[83]), das dem verklagten Bürgen die Einrede der

[76]) Strohal, JhJb., Bd. 61, S. 75, A. 28.

[77]) S. 62.

[78]) Auch diese Ansicht Strohals hat Anhänger gefunden: Biermann, § 1143, 1, d, γ; Planck-Strecker, III, § 1143, 3, d; Dernburg-Raape, II, 2, § 289; A. 8; Enneccerus, II, § 191, I, 3 u. A. 10; Dorst, S. 88 ff.; Wüllenweber, S. 51 ff.; Staub-Gadow, III, § 349, A. 50.

[79]) Thür.Bl., Bd. 51, S. 183, 184.

[80]) S. 41 ff. der Arbeit.

[81]) S. 63 ff. — Eine Anwendung der Einrede der Arglist, ist, wie auch Tasse selbst anführt, bereits von Lippmann, S. 182, und Wüllenweber, S. 53, angedeutet worden, die aber hierauf nicht weiter eingehen.

[82]) S. 64.

Arglist verweigert hätte, weil der klagende Grundstückseigentümer sich nur gefallen lassen müsse, daß der Bürge demnächst versuche, durch Zwangsvollstreckung seine weitere Befriedigung aus dem dinglich verhafteten Grundstück zu erreichen und sich dann bei der Zwangsvollstreckung erst herausstelle, ob er volle oder teilweise Befriedigung erhalte, träfe daher nicht zu.

Jedenfalls, ob nun das Erlöschen der Bürgschaft angenommen oder eine Einrede der Arglist gegeben werde, im Verhältnis der Sicherungsverpflichteten zueinander hafte, soweit der Wert des Grundstücks reiche, dieses, für den Überwert dagegen der Bürge.

Braun-Melchior lehnt, da sie ihre für das Zusammentreffen von Bürgschaft und Pfand gemachten Ausführungen auch im vorliegenden Fall angewandt wissen will, einen Ausgleichsanspruch gegen den Bürgen ab. Vielmehr sei anzunehmen, daß dem Bürgen der volle Rückgriff gegen den Grundeigentümer, dagegen diesem kein Ausgleichsanspruch gegen den Bürgen zustehe. Regelmäßig ginge also auf den zahlenden Bürgen nach den §§ 774, 412, 401 BGB die Hypothek, auf den zahlenden Grundstückseigentümer nach § 1143 BGB nur die persönliche Forderung über, während die Bürgschaft erlösche[84]).

Zur Widerlegung der Ansichten von Strohal, Lippmann, Tasse und Braun-Melchior kann auf die Ausführungen gegen sie bei der Erörterung des Zusammentreffens von Bürgschaft und Pfand verwiesen werden[85]).

Insbesondere sei aber der Begründung von Strohal gegenüber noch bemerkt, daß die Benachteiligung des Grundstückseigentümers gegenüber dem Bürgen nach dem Wortlaut des Gesetzes lediglich auf der vollen Ausbildung des Eigentümerpfandrechts an Grundstücken beruht. Dies ist aber kein hinreichender Grund, deshalb den Grundstückseigentümer schlechter zu stellen, als den Bürgen.

Die gegen Strohal sprechenden Gründe widerlegen auch die von Tasse in erster Linie vorgeschlage Lösung, dem Bürgen gegen eine Inanspruchnahme durch den Grundstückseigentümer in Höhe des Wertes des Grundstücks eine Einrede der Arglist zu geben.

Denn Tasse geht auch bei diesem Vorschlag von vornherein aus den gleichen Gründen wie Strohal von der verfehlten Annahme des besseren Rechtes des Bürgen gegenüber dem Grundstückseigentümer aus. Er hält es lediglich für richtiger, dem Bürgen eine Einrede der Arglist zu geben, als seine Verpflichtung untergehen zu lassen.

Es ist unzutreffend, daß nur in Höhe des Grundstückswertes eine mehrfache Sicherung vorliegt. Der Wert des Grundstücks ist hierfür völlig unbeachtlich. Es ist lediglich entscheidend, in welcher Höhe für

[83]) OLG. R. Bd. 35, S. 332.

[84]) S. 206; im Ergebnis ebenso RGRK, III, § 1225, 3; II, 2, § 774, 6; jedoch unter Verwendung der Begründung Strohals in JhJb. Bd. 561, S. 59 ff., daher nicht ganz in der Begründung mit A. 6 des § 1143 übereinstimmend, der den Rückgriff nach dem Wortlaut des Gesetzes als geregelt ansieht. Vgl. S. 50, Anm. 72 der Arbeit.

[85]) Vgl. S. 43 ff. der Arbeit.

dieselbe Forderung der Bürge sich verbürgt und der Grundstückseigentümer die Hypothek bestellt hat. Auch für die Frage, ob eine Mitbürgschaft vorliegt, entscheidet nicht, wieviel ein Bürge leisten kann.

Ferner stände niemals einwandfrei fest, in welcher Höhe der Bürge die Einrede der Arglist ausüben könne. Denn der Wert eines Grundstücks ist oft Schwankungen unterworfen und kann selten und dann nur unter großen Schwierigkeiten genau festgelegt werden. Erst nach langwierigen Schätzungen würden die Beteiligten wissen, in welcher Höhe die Einrede der Arglist zu Recht ausgeübt werde und der Bürge noch in Anspruch genommen werden könne. Daher ist die Lösung Tasses auch praktisch wenig brauchbar.

Schließlich übersieht Tasse, daß im Augenblick der Inanspruchnahme des Bürgen durch den Grundstückseigentümer, der zuerst den Gläubiger befriedigte, noch gar nicht feststeht, ob jener überhaupt etwas aus dem Grundstück zurückerhält. Der Grundstückseigentümer, der den Bürgen in Anspruch nimmt, muß sich lediglich gefallen lassen, daß der Bürge später den Versuch unternimmt, durch Zwangsvollstreckung eine weitere Befriedigung aus dem Grundstück zu erhalten. Erst bei Vornahme dieser Zwangsvollstreckung stellt sich heraus, ob und in welcher Höhe der Bürge Befriedigung erhält. Daher steht dem Bürgen bei einer Inanspruchnahme durch den Grundstückseigentümer eine Einrede der Arglist nicht zur Seite.

4. Die andere Hauptmeinung, die ebenfalls von denselben Vertretern wie bei dem Verhältnis Bürge—Verpfänder getragen wird, nimmt auch unter Bürgen und Grundstückseigentümern kraft Gesetzes im Zweifel eine Pflicht zur Ausgleichung nach gleichen Teilen an und läßt daher die Sicherheiten nur entsprechend übergehen. Ihre Vertreter gelangen wieder auf den gleichen Wegen wie im Verhältnis Bürge—Verpfänder zu diesem Ergebnis.

Wieder sind für Bendix[86]), Oellers[87]), Evers[88]), Leichsering[89]) und Schmidt[90]), da sie Grundstückseigentümer, die Hypotheken zur Sicherung fremder Schulden bestellen, als Schuldner des Gläubigers und daher als Gesamtschuldner des Bürgen ansehen, diese einander gemäß § 426 BGB ausgleichspflichtig.

Auch hier kann dieser Ansicht nicht beigetreten werden, denn der Grundstückseigentümer ist ebensowenig wie der Verpfänder als Schuldner des Gläubigers und damit als Gesamtschuldner des Bürgen anzusehen[91]).

---

[86]) S. 91 ff., ebenso Roth, LZ 1910, S. 358, III.

[87]) S. 73 ff.

[88]) S. 42.

[89]) S. 42, 43.

[90]) S. 97 oben, S. 101, wenn § 426 BGB auch nicht unmittelbar passen sollte, will er ihn mindestens analog anwenden.

[91]) Vgl. S. 27 m. der Arbeit.

Dagegen nehmen Enneccerus-Wolff[92]) und Breit[93]) auf Grund des nach ihrer Meinung in den §§ 774, II, 1225 S. 2 BGB zum Ausdruck gekommenen „Prinzips der Pflicht zur Ausgleichung nach gleichen Teilen zwischen mehreren dritten Sicherungsverpflichteten kraft Gesetzes" und ebenso Schulz[94]) und Kohler[95]) auf Grund des gleichen von ihnen mit anderer Begründung vertretenen Satzes auch zwischen Bürgen und Hypothekenbesteller kraft Gesetzes eine Pflicht zum Ausgleich nach gleichen Teilen an und lassen daher nur insoweit einen Übergang der Sicherheiten stattfinden[96]).

Dieser Ansicht ist auch im vorliegenden Fall unter Billigung der Begründung von Enneccerus-Wolff und Breit aus den gleichen bereits im Verhältnis Hypothek—Pfand und Bürgschaft—Pfand dargelegten Gründen beizutreten[97]).

Auch im Verhältnis Hypothekenbesteller—Bürge besteht im Zweifel kraft Gesetzes eine Pflicht zur Ausgleichung nach gleichen Teilen und daher gehen, wenn der Bürge den Gläubiger zuerst befriedigt, mit der Hauptforderung gemäß den §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB die Hypothek und, wenn der Grundstückseigentümer den Gläubiger als erster befriedigt, die Bürgschaft gemäß den §§ 1225 S. 1, 412, 401 BGB nur zu gleichen Teilen über.

IV. Zusammenfassung.

Die Untersuchung des Verhältnisses von ungleichen akzessorischen Sicherheiten zueinander hat folgendes ergeben:

Im Gegensatz zu den gleichen akzessorischen Sicherheiten fehlt es für das Verhältnis ungleicher akzessorischer Sicherheiten an einer Regelung durch besondere gesetzliche Bestimmungen. Trotzdem sind die Besteller dieser Sicherheiten im Zweifel kraft Gesetzes einander zu gleichen Teilen zum Ausgleich verpflichtet. Dies folgt aus dem in den §§ 774 Abs. 2, 1225 S. 2 BGB durch den Gesetzgeber zum Ausdruck gebrachten „Prinzip der Ausgleichspflicht nach gleichen Teilen" für mehrere dritte Sicherheitsbesteller.

Daher erwirbt bei den Verhältnissen ungleicher akzessorischer Sicherheiten der Sicherheitsbesteller, der den Gläubiger befriedigt, die

---

92) § 140, V, 1; § 160, III; § 165, II.

93) S. 293; im Anschluß an ihn Düringer-Hachenburg, IV, § 349, A. 45; Staudinger-Kober, III, 2, § 1225, 2, b und für das behandelte Verhältnis auch Soergel, III, § 1225, 2. Zweifelnd Oertmann, II, 2, § 774, 8.

94) S. 64 u., S. 65 o., 66 o., insbes. 67.

95) II, 1, § 159, III.

96) Über die unterschiedliche Begründung vgl. S. 36 ff. der Arbeit. Zu dem gleichen Ergebnis für das behandelte Verhältnis gelangen auch Kipp-Windscheid, II, § 481, 3, A. 1 unter entsprechender Anwendung des § 1225 S. 2 BGB und Siméon-David, I, § 78, 6, A. 4 unter Berufung auf die den §§ 774, II, 426 BGB zugrundeliegenden Rechtsgedanken. Ihre Begründung ist nicht umfassend genug.

97) Vgl. S. 37 ff., 48 der Arbeit.

andere Sicherheit nur zu gleichen Anteilen. Jedoch erfolgt mangels einer besonderen gesetzlichen Bestimmung im Gegensatz zu der bei den gleichen akzessorischen Sicherheiten getroffenen Regelung der Übergang der Sicherheiten gemäß den §§ 774 Abs. 1 S. 1, 1143 Abs. 1, S. 1, 1225 S. 1 BGB i. Verb. m. den §§ 412, 401 BGB.

Somit gelangt man für das Verhältnis von ungleichen akzessorischen Sicherheiten zu einem entsprechenden Ergebnis wie bei gleichen akzessorischen Sicherheiten: Es besteht im Zweifel kraft Gesetzes eine Ausgleichspflicht zu gleichen Teilen, und daher erfolgt ein Übergang der Sicherheiten bei Befriedigung des Gläubigers durch einen ihrer Besteller ebenfalls nur zu gleichen Anteilen.

III. Abschnitt: Das Verhältnis akzessorischer und nichtakzessorischer Sicherheiten.

I. Bürgschaft bzw. Hypothek bzw. Pfand und Grundschuld.

Die Ausgleichsansprüche zwischen einem Bürgen[1]) und dem Besteller einer Grundschuld richten sich in erster Linie nach den zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen. Die Pflicht zu einem bestimmten Ausgleich kann aber nicht nur auf ausdrücklichen Vereinbarungen beruhen, sondern sich auch aus den ganzen Umständen ohne weiteres ergeben.

Lediglich in der Höhe, in der hiernach eine Pflicht zur Ausgleichung besteht, steht dem Sicherungsgegner, der den Gläubiger befriedigt, die andere Sicherheit zur Verfügung.

1. Wenn zwischen den Beteiligten keine Vereinbarungen über eine Ausgleichung getroffen worden sind noch aus irgendwelchen Umständen sich eine Ausgleichspflicht ergibt, scheint kraft Gesetzes eine Ausgleichung zwischen einem Bürgen und einem Besteller einer Grundschuld und daher ein entsprechender Übergang der Sicherheiten nicht vorgesehen zu sein.

Denn auf den den Gläubiger befriedigenden Bürgen geht nach dem Wortlaut der §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB zwar die Hauptforderung, aber nicht mit ihr die Grundschuld über, da sie im § 401 BGB nicht genannt wird[2]).

Andererseits erwirbt ein Grundschuldbesteller, der zuerst den Gläubiger befriedigt, nicht kraft Gesetzes die Hauptforderung und damit auch nicht die für sie bestehende Bürgschaft. Denn auf die Grundschuld ist der § 1143 Abs. 1 S. 1 BGB nicht anwendbar, wie § 1192 BGB ausdrücklich vorschreibt. Dies gilt auch dann, wenn die Grundschuld, wie in den hier zur Erörterung stehenden Fällen, zur Sicherung einer Forderung bestellt ist. Denn sie bewahrt trotzdem dieser gegenüber ihre volle Selbständigkeit. Aus dem gleichen Grunde kommt die im Falle des Übergangs der Hypothekenforderung nach § 1143 Abs. 1 S. 2 BGB angeordnete entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 1 BGB und damit seines Satzes 1 bei der Grundschuld nicht in Betracht, so daß nach ihm ebenfalls ein Übergang der Hauptforderung kraft Gesetzes auf den den Gläubiger befriedigenden Grundschuldbesteller nicht stattfindet[3]).

---

[1]) Die Ausführungen gelten entsprechend für das Verhältnis zwischen einem Hypothekenbesteller und einem Grundschuldbesteller und zwischen diesem und einem Verpfänder. — Neben einer Hypothek kann eine Grundschuld dieselbe Forderung sichern. Dies ist allgemein anerkannt.

[2]) § 1153 BGB ist auf die Grundschuld nicht anwendbar, wie allgemein anerkannt ist.

[3]) H.M. Staudinger-Kober, III, 2, § 1143, 3, e; § 1192, 9, b; Planck-Strecker,

Nach dieser gesetzlichen Regelung hätte derjenige, der den Gläubiger befriedigt, die Last allein zu tragen. Die Folge wäre, daß jeder den Gläubiger zu bestimmen versuchen würde, den anderen Sicherheitsbesteller in Anspruch zu nehmen. Es sind bereits die rechtspolitischen Erwägungen, wegen derer ein derartiges Ergebnis nicht gebilligt werden kann, dargelegt worden[4]).

2. Einige Schriftsteller wollen die Grundschuld auch als ein Nebenrecht im Sinne des § 401 BGB ansehen und mit der Hauptforderung gemäß den §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB auf den den Gläubiger befriedigenden Bürgen übergehen lassen. Allerdings beschränken sie sich darauf, auszuführen, daß die Grundschuld sich als Nebenrecht, insbesondere als Sicherungsmittel für eine Forderung im Sinne des § 401 BGB darstellen könne. „Hier würde auch die Vorschrift der §§ 401, 412 BGB zur Anwendung zu bringen sein". Ein weiterer Beweis wird nicht angetreten[5]).

Dieser Meinung kann nicht beigetreten werden.

Zwar ist der in den §§ 401, 412 BGB ausgesprochene Grundsatz nicht auf die im Gesetz ausdrücklich angeführten Nebenrechte einer übertragenen Forderung, nämlich die Hypothek, das Pfand oder das Recht aus einer Bürgschaft zu beschränken, sondern auch auf andere zur Verstärkung der Forderung dienende Nebenrechte anzuwenden, sofern diese in einem ähnlichen rechtlichen Verhältnisse zu der Forderung ständen, wie jene Rechte[6]).

Dies trifft aber gerade für die Grundschuld, auch wenn sie zur Sicherung einer Forderung bestellt ist, nicht zu. Beide Rechte bewahren vielmehr, wie enge Beziehungen auch zwischen ihnen bestehen mögen, ihre Selbständigkeit. Die Grundschuld ist infolge ihres streng abstrakten Charakters kein der Forderung anhaftendes Nebenrecht im Sinne des § 401 BGB. Er kann daher auf sie keine, — wenigstens keine unmittelbare — Anwendung finden[7]).

3. Dagegen fragt es sich, ob nicht aus einer entsprechenden Anwendung des § 401 BGB ein Anspruch des den Gläubiger befriedigenden Bürgen auf Übertragung der Grundschuld gefolgert werden kann.

III, § 1143, 5; § 1192, 6, h; Weisbecker, Die Grundschuld usw., S. 46 ff.; Warn.R. Bd. 26, Nr. 93, S. 198 ff., insbes. S. 202; a.M. Fuchs, I, § 1192, A. 11, A. 21; Huther, Meckl.Z. Bd. 18, S. 75 u. ff.

[4]) Vgl. S. 19 der Arbeit.

[5]) Neumann, I, § 1191, Vorbem. 1, b; Staub-Gadow, III, § 349, A. 43; Staudinger-Kober, 9. Aufl., III, 2, § 1191, I, 3, b, β im Gegensatz zu Staudinger-Werner, II, 1, § 401, II, 2, b.

[6]) H.M.; dies hat insbes. das KG in KGJ, Bd. 43, S. 209 aus der Natur der Sache und der Entstehungsgeschichte in Übereinstimmung mit den Entscheidungen des RG 60, S. 369; 65, S. 164, S. 169 nachgewiesen.

[7]) H.M.; vgl. insbes. Soergel, I, § 401, 3; Planck-Siber, II, 1, § 401, 1, b; Fischer-Henle, § 401, 1; Düringer-Hachenburg, IV, § 349, A. 51, b; Staudinger-Werner, II, 1, § 401, II, 2, b; Staudinger-Kober, III, 2, § 1191, I, 6, c, δ (a.A. Staudinger-Kober, 9. Aufl., III, 2, § 1191, I, 3, b, β); RGRK, III, § 1191, A. 1; Kowalski, Die Grundschuld, usw., S. 34 ff., derselbe in JW 34, S. 1838 oben; Weisbecker, S. 43 u.; Recht 1913 Nr. 2711 = KGJ 43, 254.

Dies ist zu bejahen. Denn der wirtschaftliche Zweck einer Grundschuld, die zur Sicherung einer Forderung gegeben wird, ist der gleiche wie der einer Hypothek und letzten Endes auch eines Pfandes und einer Bürgschaft. Deshalb muß sie genauso wie diese Sicherheiten dem jeweiligen Gläubiger der Schuld, der diese, — mag es kraft Vereinbarung oder kraft Gesetzes sein — mit allen Vorteilen erwerben soll, zur Verfügung stehen. Daher ist es gerechtfertigt, aus dem Grundgedanken des § 401 BGB einen Anspruch des Bürgen, der den Gläubiger befriedigt und die Hauptforderung erworben hat, auf Abtretung der Grundschuld zu folgern[8]) [9]).

4. Allerdings wird von denjenigen, die für eine entsprechende Anwendung des § 401 BGB auf die Grundschuld eintreten, nicht weiter unterschieden, ob die Grundschuld, auf deren Abtretung der Bürge einen Anspruch hat, von dem Schuldner selbst oder einem Dritten zur Sicherung bestellt wurde. Anscheinend wollen sie in allen Fällen einen Anspruch auf Abtretung der gesamten Grundschuld geben. Ferner bleibt unerörtert, ob der Grundschuldbesteller, wenn er den Gläubiger befriedigt, sich nicht auch an den Bürgen soll halten können.

Dies muß aber der Fall sein. Denn eine einseitige Bevorzugung des Bürgen wäre durch nichts gerechtfertigt. Die Billigkeit und der gleiche wirtschaftliche Zweck beider Sicherheiten verlangen, daß auch der Grundschuldbesteller sich an den Bürgen halten kann.

Allerdings geht auf den Grundschuldbesteller, der den Gläubiger befriedigt, kraft Gesetzes die Hauptforderung mit der für sie bestehenden Bürgschaft nicht über, wie bereits dargelegt, wurde. Jedoch stehen sich ihrer wirtschaftlichen Natur nach Bestellung einer Grundschuld und Bestellung einer Hypothek für die persönliche Schuld eines anderen so nahe, daß der Schuldner einer Grundschuld, der den Gläubiger befriedigt, ein Recht darauf hat, durch Abtretung der Forderung gegen den persönlichen Schuldner ebenso gestellt zu werden, wie der in der gleichen Lage befindliche Hypothekenschuldner[10]). Daher hat der Grundschuldbesteller, der den Gläubiger befriedigt, einen Anspruch auf Abtretung der Hauptforderung und erwirbt mit ihr die Bürgschaft.

5. Die Folge wäre wiederum, daß der Sicherheitsleistende, der zuerst den Gläubiger befriedigt, die Last auf den anderen abwälzen

---

[8]) Staudinger-Werner, II, 1, § 401, II, 2, b; Staudinger-Kober, III, 2, § 1191, 6, c, δ; Düringer-Hachenburg, IV, § 349, A. 51; OLG. Dresden, JW 31, S. 2750; im Ergebnis ebenso Weisbecker, S. 44; Kowalski, S. 34 ff.; derselbe in JW 34, S. 1838 Mitte. — Wenn aber Kowalski und Staudinger-Kober ohne weiteres RG 91, 279 als Entscheidung anführen, so ist dies nicht ganz richtig, denn in dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt waren Hypothekenforderungen fiduziarisch abgetreten worden. Man könnte höchstens folgern, daß § 401 BGB mittelbar auch auf die Grundschuld Anwendung finden muß, wenn es bei fiduziarisch abgetretenen Rechten der Fall ist.

[9]) Das gleiche gilt für den Hypothekenbesteller bzw. den Verpfänder.

[10]) Vgl. die RGE in BA., Bd. 35, S. 390 ff.

könnte. Dieses Ergebnis ist aber aus den gleichen rechtspolitischen Gründen ebensowenig zu billigen wie das, zu dem die Anwendung des Gesetzeswortlautes führte.

Vielmehr kann dem Bürgen ein Anspruch auf Abtretung der Grundschuld ebensowenig in voller Höhe zuerkannt werden wie der Grundschuldbesteller mit der Hauptforderung die Bürgschaft im vollen Umfang erhalten darf. Das „Prinzip der Pflicht zur Ausgleichung nach gleichen Teilen" muß auch im Verhältnis Bürgschaft—Grundschuld gelten. Denn es handelt sich bei diesen ebenfalls um mehrere Drittsicherheiten, die für dieselbe Forderung einstehen. Der rein dingliche und nicht akzessorische Charakter der Grundschuld ist kein ausreichender Grund, der entgegenstände. Denn entscheidend ist nicht die Rechtsnatur, sondern der wirtschaftliche Zweck einer Sicherheit, worauf bereits hingewiesen wurde[11]). Dieser ist aber bei einer Grundschuld, die zur Sicherung einer Forderung bestellt wurde, genau der gleiche wie der einer Hypothek und auch eines Pfandes und einer Bürgschaft.

Daher sind Bürge[12]) und Grundschuldbesteller einander im Zweifel kraft Gesetzes zu gleichen Teilen zum Ausgleich verpflichtet. Deshalb hat der Bürge, der den Gläubiger befriedigt, nur in Höhe gleicher Teile einen Anspruch auf Übertragung der Grundschuld und der Grundschuldbesteller erwirbt bei Befriedigung des Gläubigers mit der Hauptforderung, deren Abtretung er verlangen kann, die Bürgschaft gleichfalls nur zu gleichen Teilen.

II. Bürgschaft bzw. Hypothek bzw. Pfand und Sicherungsübereignung.

Die Ausgleichsansprüche zwischen einem Bürgen[13]) und dem Besteller von Sicherungseigentum[14]) richten sich in erster Linie nach den zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen. Die Pflicht zu einer Ausgleichung in bestimmter Höhe kann aber nicht nur auf ausdrücklichen Vereinbarungen beruhen, sondern sich auch bei diesem Verhältnis aus den ganzen Umständen ohne weiteres ergeben.

Lediglich in der Höhe, in der hiernach eine Pflicht zur Ausgleichung besteht, steht dem Sicherungsgeber, der den Gläubiger befriedigt, die andere Sicherheit zur Verfügung.

1. Wenn zwischen den Beteiligten weder Vereinbarungen über eine Ausgleichung getroffen worden sind, noch aus irgendwelchen Umständen sich eine Pflicht zur Ausgleichung ergibt, scheint kraft Gesetzes, wie bei

[11]) Vgl. S. 38 d. Arbeit.

[12]) Das gleiche gilt für das Verhältnis des Hypothekenbestellers bzw. Verpfänders zum Grundschuldbesteller.

[13]) Die Ausführungen gelten entsprechend für das Verhältnis zwischen einem Hypothekenbesteller und dem Besteller von Sicherungseigentum und zwischen diesem und einem Verpfänder.

[14]) Die Ausführungen gelten auch gleichzeitig für den Fiduzianten von Rechten.

dem Verhältnis Bürge—Grundschuldbesteller, eine Ausgleichung zwischen einem Bürgen und einem Besteller von Sicherungseigentum und daher ein entsprechender Übergang der Sicherheiten nicht vorgesehen zu sein.

Denn auf den den Gläubiger befriedigenden Bürgen geht nach dem Wortlaut der §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB zwar die Hauptforderung, aber nicht mit ihr das Sicherungseigentum über, da es im § 401 BGB nicht genannt wird.

Andererseits gibt es keine Gesetzesvorschrift, nach der auf den Besteller von Sicherungseigentum, der den Gläubiger befriedigt, die Hauptforderung mit der für sie bestehenden Bürgschaft überginge.

Wie im Verhältnis Bürge—Grundschuldbesteller hätte nach dieser gesetzlichen Regelung derjenige, der den Gläubiger befriedigt, die Last allein zu tragen. Die Folge wäre wiederum, daß jeder Sicherheitsgeber versuchen würde, den Gläubiger zu bestimmen, ihn nicht in Anspruch zu nehmen. Daher kann dieses Ergebnis nicht gebilligt werden.

2. Für das Sicherungseigentum wird nicht die Ansicht vertreten, daß der § 401 BGB unmittelbar zur Anwendung gelange. Tatsächlich handelt es sich bei dem Sicherungseigentum nicht um ein Nebenrecht im Sinne des § 401 BGB. Es bleibt vielmehr der Forderung gegenüber, zu deren Sicherung die Bestellung erfolgte, wie eine Grundschuld selbständig. Das Sicherungseigentum ist im Gegensatz zum Pfandrecht streng abstrakt und stellt nicht, wie dieses und Bürgschaften und Hypotheken, ein bloßes Hilfsrecht dar. Diese besondere Rechtsnatur der Sicherungsübereignung steht einer — wenigstens unmittelbaren — Anwendung des § 401 BGB entgegen, der auch angesichts der Vorschriften der §§ 929 ff. BGB über den Eigentumsübergang an beweglichen Sachen ohne besonderen Eigentums-Übertragungsakt unmöglich ist[15]).

Dagegen fragt es sich, ob der § 401 BGB nicht entsprechend auf das Sicherungseigentum angewendet werden kann.

Verschiedene Schriftsteller und die Rechtsprechung des Reichsgerichts treten auf Grund einer entsprechenden Anwendung des § 401 BGB für einen Anspruch des Bürgen, der den Gläubiger befriedigt, auf Übertragung des Sicherungseigentums ein[16]).

---

[15]) Das gleiche gilt von zur Sicherung übertragenen Rechten. Die Sicherungsabtretung ist rechtlich ebenfalls keine Verpfändung. Die Rechte werden dem Gläubiger zu Vollrecht eingeräumt und bewahren ebenfalls der Forderung gegenüber ihre Selbständigkeit. — H.M. Düringer-Hachenburg, IV, § 349, A. 51; Enneccerus-Lehmann, § 79, III, 1, f.; Enneccerus-Wolff, § 163, I, 1, d, δ; Staudinger-Werner, II, 1, § 401, II, 2, a; Planck-Siber, II, 1, § 401, 1, b; Oertmann, II, 1, § 401, 2; Soergel, I, § 401, 3; RG 91, S. 277 ff.; 89, S. 193; JW 26; S. 799; HRR 30 Nr. 216; vgl. auch Seuff.Arch. 66, S. 409 ff.; Hamburg, Recht 1910 Nr. 2796.

[16]) Ebenso der fiduziarisch übertragenen Rechte. — Düringer-Hachenburg, IV, § 349, A. 51; Enneccerus-Wolff, § 163, I, 1, d, δ; Fischer-Henle, § 401, A. 2; Staudinger-Werner, II, 1, § 401, II, 2, a; RG 89, S. 193; 91, S. 277 ff.; JW 1926, S. 799; HRR 30 Nr. 216.

Allerdings geben die Schriftsteller keine weitere Begründung für ihre Stellungnahme, sondern stützen sich lediglich auf die Entscheidungen des Reichsgerichts.

Diese betonen, daß das Sicherungseigentum (und auch fiduziarisch abgetretene Rechte) nicht nur wirtschaftlich die Stelle eines Pfandrechts vertreten, sondern auch in rechtlicher Beziehung dem Pfandrecht verwandte Züge aufweisen. Sie scheiden nicht endgültig aus dem Vermögen des Fiduzianten aus, sondern sollen ebenso wie das Pfandrecht dem Fiduziar lediglich zur Sicherung seiner Forderung dienen. Nur solange dieser Zweck es nötig mache, dürfe sie der Gläubiger behalten. Daher müßten bei einer rechtsgeschäftlich oder kraft Gesetzes erfolgten Übertragung einer Forderung, zu deren Sicherung eine Sache übereignet (oder ein Recht zu Vollrecht abgetreten) sei, die §§ 412, 401 BGB in der Weise entsprechend angewandt werden, daß der neue Gläubiger einen Anspruch auf Übertragung der zur Sicherung übereigneten Sache (oder der sicherungshalber abgetretenen Rechte) erwerbe[17]).

Eine etwas abweichende Begründung gibt die Reichsgerichtsintscheidung Bd. 89, S. 193, indem in ihrer Schlußfolge darauf abgestellt wird, daß bei gebührender Berücksichtigung der §§ 157, 242 BGB es ohne weiteres als Wille der Beteiligten erachtet werden dürfe, daß der Gläubiger und Sicherungseigentümer das Recht auf den ihn befriedigenden Bürgen übertragen müsse und der Hauptschuldner einer solchen Übertragung im voraus zustimme.

Gegen einen derartigen Anspruch des Bürgen wendet sich vor allem Enneccerus-Lehmann[18]). Er hält den Analogieschluß für unzulässig, da fiduziarisch übertragene Rechte keine bloßen Hilfsrechte, sondern selbständige Rechte wären. Außerdem wäre der Fiduziant zur Weiterübertragung dieser Rechte nicht einmal berechtigt. Denn das fiduziarische Geschäft ruhe auf dem Vertrauen zum Fiduziar. Für den Fiduzianten wäre es höchst gefährlich, wenn das Recht auf einen vielleicht weniger Sicherheit bietenden Zessionar der Forderung übertragen werden dürfte. Dieser Ansicht wäre auch die Entscheidung des Reichsgerichtes Bd. 89, S. 193, da sie die Zulässigkeit der Übertragung an den Bürgen, der gezahlt habe, nur aus einer stillschweigenden Einwilligung des Fiduzianten folgere.

Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Der Charakter des Sicherungseigentums als eines selbständigen Rechtes verhindert wohl eine unmittelbare Anwendung des § 401 BGB, aber nicht seiner Grundgedanken. Denn wirtschaftlich ist der Zweck des Sicherungseigentums, worauf auch die Rechtsprechung hinweist, der gleiche wie der eines Pfandrechts und schließlich auch einer Hypothek und einer Bürgschaft. Daher muß es genauso wie diese dem jeweiligen Gläubiger der gesicherten Forderung, der diese, — mag es kraft Vereinbarung oder

[17]) RG 91, S. 280; JW 26, S. 799.

[18]) § 79, III, 1 f.; ebenso Oertmann, II, 1, § 401, 2; Planck-Siber, II, 1, § 401; 1, b; Soergel, I, § 401, 3.

Gesetzes sein — mit allen Vorteilen erwerben soll, zur Verfügung stehen[19]).

Zwar mag der Wechsel des Gläubigers und damit des Treuhänders unter Umständen einmal dem anderen Teil zum Nachteil gereichen. Aber diesen Nachteil muß er als eine Folge des Umstandes, daß er seine Sachen (oder Rechte) sicherungshalber übereignet hat, auf sich nehmen. Denn den Wechsel des Gläubigers muß sich nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes auch der Besteller einer Bürgschaft, einer Hypothek oder eines Pfandes, zur Sicherung einer Forderung gefallen lassen[20]). Im übrigen besteht für den Fiduzianten jederzeit die Möglichkeit, seine Sachen (oder Rechte) bei dem Bürgen auszulösen.

Der Fiduziant muß, wie jeder andere Sicherheitsgeber, damit rechnen, daß der Gläubiger der Forderung, die er sichert, wechselt, und daß er daher unter Umständen einem anderen Sicherheitsgeber einzustehen hat. Wer dies nicht in Kauf nehmen will, darf keine Sicherheit, insbesondere keine Sicherungsübereignung (oder Sicherungsabtretung) zugunsten eines Dritten vornehmen.

Daher ist es gerechtfertigt, aus den Grundgedanken des § 401 BGB einen Anspruch des Bürgen[21]) auf Übertragung des Sicherungseigentums (oder fiduziarisch abgetretener Rechte) zu folgern.

Einer Stütze auf den Willen der Beteiligten, der ohne weiteres bei gebührender Berücksichtigung der §§ 157, 242 BGB in der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 89, S. 193 als vorliegend erachtet wird, bedarf es also nicht.

3. Von den Schriftstellern, die für eine entsprechende Anwendung des § 401 BGB auf die Sicherungsübereignung (und die fiduziarische Abtretung von Rechten) eintreten, wird nicht erörtert, ob der Schuldner selbst oder ein Dritter die Sicherheiten bestellte und auch im letzten Fall ein Anspruch auf Übertragung des vollen Eigentums an den Sachen (oder auf Abtretung der fiduziarischen Rechte im vollen Umfang) bestehen soll. In der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 89, S. 193, wird diese Frage nicht näher erörtert, weil die Eigenart des zwischen den Beteiligten geschlossenen Abkommens hierzu keine Veranlassung gab. Dagegen erfolgte in der Reichsgerichtsentscheidung Bd. 91, S. 277 die Zurückweisung an das Berufungsgericht, weil dieses unterlassen hatte zu prüfen, ob der Kläger die Abtretung der zur Sicherung übereigneten Rechte hätte in vollem Umfange verlangen können[22]).

Ferner bleibt unerörtert, ob ein Fiduziant, wenn er den Gläubiger befriedigt, sich nicht auch an den Bürgen soll halten dürfen.

Dies muß aber der Fall sein. Denn eine einseitige Bevorzugung des Bürgen wäre auch hier durch nichts gerechtfertigt. Die Billigkeit und der gleiche wirtschaftliche Zweck beider Sicherheiten verlangen, daß auch der Fiduziant sich an den Bürgen halten kann.

[19]) Das gleiche gilt für fiduziarisch übertragene Rechte.
[20]) RG 91, S. 289.
[21]) Das gleiche gilt für den Hypothekenbesteller bzw. Verpfänder.

Allerdings gibt es, wie eingangs bereits dargelegt wurde, keine ausdrückliche Gesetzesbestimmung, nach der ein Fiduziant, der den Gläubiger befriedigt, die Hauptforderung und mit ihr die Bürgschaft erwirbt. Aber Sicherungsübereignung (oder Sicherungsabtretung) und Verpfändung für die persönliche Schuld eines anderen stehen sich ihrer wirtschaftlichen Natur nach so nahe, daß auch der Fiduziant, der den Gläubiger befriedigt, ein Recht darauf hat, durch Abtretung der Forderung gegen den persönlichen Schuldner genauso gestellt zu werden, wie der in der gleichen Lage befindliche Verpfänder.

Daher hat der Fiduziant, der den Gläubiger befriedigt, einen Anspruch auf Abtretung der Hauptforderung und mit ihr erwirbt er die Bürgschaft.

4. Aber aus den gleichen bei dem Verhältnis Bürge-Grundschuldbesteller bereits dargelegten Gründen[23]) kann dem Bürgen nicht ein Anspruch auf Übertragung des Sicherungseigentums schlechthin (oder der Rechte in voller Höhe) zuerkannt werden und ebensowenig darf der Fiduziant mit der Hauptforderung die Bürgschaft im vollen Umfang erhalten.

Vielmehr muß auch im Verhältnis Bürgschaft-Sicherungseigentum aus den im Verhältnis Bürgschaft—Grundschuldbesteller bereits dargelegten Gründen das „Prinzip der Pflicht zur Ausgleichung nach gleichen Teilen" zur Anwendung gelangen. Es findet auch hier eine Ausgleichung nach Köpfen statt.

Bürge[24]) und Fiduziant sind einander im Zweifel kraft Gesetzes zu gleichen Teilen zum Ausgleich verpflichtet. Daher hat der Bürge, wenn er den Gläubiger befriedigt, nur einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an den zur Sicherung übereigneten Sachen zu gleichen Bruchteilen (bzw. der zur Sicherung abgetretenen Rechte zu gleichen Teilen) und der Fiduziant erwirbt die Bürgschaft mit der Hauptforderung, deren Abtretung er bei Befriedigung des Gläubigers verlangen kann, ebenfalls nur zu gleichen Teilen.

III. Bürgschaft bzw. Hypothek bzw. Pfand und Wechsel.

Die Ausgleichsansprüche zwischen einem Bürgen[25]), und einer Person, die sich zur Sicherung derselben Schuld wechselmäßig als Aussteller, Akzeptant oder Indossant verpflichtet hat[26]), richten sich wie bei allen anderen Verhältnissen von Drittsicherern in erster Linie nach

---

[22]) Dies verneint das RG, falls der Kläger dem weiteren Sicherheitsleistenden ausgleichspflichtig wäre.

[23]) Vgl. S. 58 u., 59 der Arbeit.

[24]) Das gleiche gilt im Verhältnis des Hypothekenbestellers bzw. -Verpfänders zum Grundschuldbesteller.

[25]) Die Ausführungen gelten entsprechend gleichzeitig für das Verhältnis zwischen einem Hypothekenbesteller und einem wechselmäßig Verpflichteten und zwischen diesem und einem Verpfänder.

[26]) Dagegen fällt nicht in den Rahmen der Erörterung das Verhältnis

den zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen. Die Pflicht zu einer bestimmten Ausgleichung kann aber auch hier nicht nur auf ausdrücklichen Vereinbarungen beruhen, sondern sich aus den ganzen Umständen ohne weiteres ergeben.

Lediglich in der Höhe, in der hiernach eine Pflicht zur Ausgleichung besteht, steht dem Sicherungsgegner, der den Gläubiger befriedigt, die andere Sicherheit zur Verfügung.

Wenn zwischen den Beteiligten weder Vereinbarungen über eine Ausgleichung getroffen worden sind, noch aus irgendwelchen Umständen sich eine Ausgleichspflicht ergibt, scheint kraft Gesetzes auch zwischen Bürgen und Wechselverpflichteten eine Ausgleichung und ein entsprechender Übergang der Sicherheiten nicht vorgesehen zu sein.

Denn auf den den Gläubiger befriedigenden Bürgen gehen nach dem Wortlaut der §§ 774 Abs. 1 S. 1, 412, 401 BGB zwar die Hauptforderung, aber nicht mit ihr die Rechte aus dem Wechsel über, da diese in § 401 BGB nicht genannt werden.

Andererseits gibt es keine Gesetzesvorschrift, nach der auf den den Gläubiger befriedigenden Wechselverpflichteten die gesicherte Hauptforderung mit der für sie bestehenden Bürgschaft überginge. Insbesondere können die §§ 774, 426 BGB keine Anwendung finden. Denn allein durch die Übernahme einer Wechselverpflichtung für fremde Schuld wird zwischen dem Wechselschuldner und dem Gläubiger einerseits kein Bürgschaftsverhältnis und zwischen jenem und dem Hauptschuldner andererseits kein Gesamtschuldverhältnis begründet, vermöge dessen auf den die Wechselschuld tilgenden Wechselschuldner die Hauptforderung mit der für sie bestehenden Bürgschaft nach § 774 Abs. 1 S. 1 oder nach § 426 Abs. 2 S. 1 BGB übergeht. Im Verhältnis zwischen Wechselschuldner und Gläubiger liegt vielmehr grundsätzlich nur eine Wechselverpflichtung vor, die zwar aus dem wirtschaftlichen Zweck einer Verbürgung für fremde Schuld hervorgegangen ist, rechtlich aber nicht als solche erscheint. Lediglich die Unterzeichnung eines Wechsels in der Absichtlich bürgschaftlicher Verpflichtung genügt nicht, um einen Bürgschaftsvertrag zustande zu bringen. Es ist nicht etwas anderes als die Zeichnung eines Wechsels vorgefallen, die nur Wechselverbindlichkeiten erzeugen kann.

Auch eine entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 1 S. 1 BGB ist nicht möglich. Nur in den Fällen der §§ 774, 1225, 268 BGB ist ein

---

eines Bürgen, der sich für eine Wechselverpflichtung — z.B. des Ausstellers oder eines Indossanten — verbürgt hat, zu diesem und den anderen wechselmäßig Verpflichteten. Denn hier sichert die Wechselverpflichtung nicht, sondern wird selbst gesichert. In der Literatur wird der Unterschied zwischen einer Verbürgung für eine Schuld, zu deren Sicherung ein Dritter sich wechselmäßig verpflichtet hat, und der Verbürgung für eine Wechselverpflichtung als solche, der insbesondere hervortritt, wenn der Bürge zahlen muß, kaum beachtet. Häufig werden RGE, die nur jenen Fall betreffen, für diesen angeführt. Vgl. über ihn, der nicht Gegenstand der Erörterungen ist, Staub-Stranz, Art. 11, A. 23; Rilk, S. 165, Abschn. 2, 2 u., S. 115 M.; RG. in JW 07, S. 745 = Recht 07 Nr. 3802; Seuff.A. 62, S. 143; RG 60, S. 191 ff.

Übergang der fremden Schuld ausgesprochen. In den übrigen Fällen hat die Zahlung einer Schuld durch einen Dritten, — etwas anderes liegt in dem erörterten Fall, abgesehen von der Wechselverpflichtung nicht vor — nach § 267 BGB ihren Übergang nicht zur Folge.

Ebensowenig erzeugt das Eintreten für eine fremde Schuld zwischen dem Schuldner und dem zum Einstehen sich Verpflichtenden ein Gesamtschuldverhältnis nach den §§ 421, 426 BGB. Die Rechtsverhältnisse der Hauptschuld und der Schuldhilfe sind in sich selbständig und verschieden voneinander. Das gilt insbesondere von der Wechselverpflichtung, die ihr eigenes Recht hat. Würde jede Art von Schuldhilfe ein Gesamtschuldverhältnis mit der Hauptschuld bewirken, so hätte es einer Bestimmung, wie des § 774 Abs. 1 S. 1 BGB überhaupt nicht bedurft. Wenn keine Schuldübernahme stattgefunden hat, ist ein Gemeinschaftsverhältnis für die Schuld, das eine Anwendung des § 426 BGB rechtfertigen könnte, nicht vorhanden.

Der Wechselverpflichtete, der den Gläubiger befriedigt, erwirbt daher ebensowenig, wie der Grundschuldbesteller oder der Fiduziant kraft Gesetzes die Hauptforderung mit der für sie bestehenden Bürgschaft[27]).

Nach dieser gesetzlichen Regelung hätte auch hier der Sicherheitsbesteller, der den Gläubiger befriedigt, die Last allein zu tragen. Aus den bereits vorgetragenen Gründen kann ein derartiges Ergebnis nicht gebilligt werden.

2. Nun hat das Reichsgericht in einer Entscheidung[28]), der Soergel[29]) folgt, ausgeführt, daß auf den Bürgen, der die der Wechselhingabe zugrundeliegende Verbindlichkeit erfülle, gemäß § 774 Abs. 1 S. 1 BGB die Hauptforderung und mit ihr gemäß den §§ 412, 401 BGB auch die Rechte der Gläubigerin aus dem ihr zur Befriedigung wegen der materiellen Schuldverbindlichkeit von einem Dritten gegebenen Wechsel als Nebenrechte übergingen. Diese Rechtsfolge des § 774 Abs. 1 BGB versetze den Bürgen in die Lage, die Herausgabe des Wechsels zu verlangen.

Diese Ausführungen des Reichsgerichts können nicht gebilligt werden. Sie übersehen den streng abstrakten Charakter des Wechsels. Er bewahrt, auch wenn er zur Sicherung einer Forderung bestellt wird, genau so wie die Grundschulden und das Sicherungseigentum dieser

[27]) Vgl. RG 94, S. 85, insbes. 88 ff.; RG 96 S. 137 ff., insbes. 139, 140; BA 34, S. 302. — Wenn in einem Fall neben der Wechselverpflichtung noch eine Bürgschaftsverpflichtung oder eine Schuldübernahme vorliegt, greifen selbstverständlich die §§ 774 Abs. 1 S. 1 bzw. 426 Abs. 2 S. 1 in Verb. m. d. §§ 412, 401 BGB ein und die Hauptforderung mit der für sie bestehenden Bürgschaft geht über. Vgl. die angeführten Entscheidungen.

[28]) JW 26, S. 2909 = Seuff.A. 80, S. 364.

[29]) II, § 774, 2; Soergel unterscheidet zutreffend in seinen Ausführungen diese Entscheidung von den anderen von ihm angeführten (vgl. A. 26 S. 63 der Arbeit), in denen die Bürgschaften für Wechselverbindlichkeiten selbst bestellt worden sind. Dagegen verwerten Staub-Stranz Art. 11, A. 23 dieses Urteil unzutreffend zusammen mit JW 07, S. 7455= Recht 07, Nr. 3802, in der die Bürgschaft für eine Wechselverpflichtung selbst eingegangen ist.

gegenüber seine volle Selbständigkeit. Daher stellt er ebensowenig wie die Grundschuld und das Sicherungseigentum ein Nebenrecht im Sinne des § 401 BGB dar. Seine besondere Rechtsnatur steht einer, — wenigstens einer unmittelbaren — Anwendung des § 401 BGB entgegen. Im übrigen steht einer unmittelbaren Anwendung des § 401 BGB auch die Eigenart des Wechsels, bei welchem das Gläubigerrecht an die Wechselinhaberschaft gebunden ist, entgegen. Bis zur Wechselaushändigung bleibt infolge dieser Eigenart der bisherige Gläubiger aktiv legitimiert. Zum Übergang des Wechsels auf den Bürgen muß diesem der Wechsel ausgehändigt werden.

Jedoch muß aus dem bereits bei den Verhältnissen Bürge—Grundschuldbesteller bzw. Fiduziant dargelegten Grund der § 401 BGB entsprechend auf den Wechsel Anwendung finden. Daher hat der Bürge, der den Gläubiger befriedigt, einen Anspruch auf Herausgabe des Wechsels. Mit der Aushändigung des Wechsels erwirbt der Bürge[30]) die in ihm enthaltenen Rechte gegen den dritten Wechselverpflichteten sowohl wie gegen die sonstigen Wechselverpflichteten.

3. Andererseits muß aber aus den in den Verhältnissen Bürge—Grundschuldbesteller bzw. Fiduziant dargelegten Gründen auch der Wechselverpflichtete, wenn er den Gläubiger befriedigt, sich an den Bürgen halten können.

Allerdings gibt es, wie eingangs nachgewiesen wurde, keine ausdrückliche Gesetzesbestimmung, nach der ein Wechselverpflichteter, der den Gläubiger befriedigt, die Hauptforderung und mit ihr die für sie bestehende Bürgschaft erwirbt. Aber Bürgschaft und Wechselverpflichtung für die persönliche Schuld eines anderen stehen sich ihrer wirtschaftlichen Natur nach so nahe, daß auch der Wechselverpflichtete, der den Gläubiger befriedigt, ein Recht darauf hat, durch Abtretung der Forderung gegen den persönlichen Schuldner genau so gestellt zu werden, wie der in der gleichen Lage befindliche Bürge.

Daher hat der Wechselverpflichtete, wenn er den Gläubiger befriedigt, einen Anspruch auf Abtretung der Hauptforderung, und mit ihr erwirbt er die Bürgschaft.

4. Jedoch kann aus den bereits im Verhältnis Bürge—Grundschuldbesteller bzw. Fiduziant dargelegten Gründen[31]) weder der Bürge aus dem Wechsel den Wechselverpflichteten in voller Höhe in Anspruch nehmen[32]), noch der Wechselverpflichtete mit der Hauptschuld die Bürgschaft im vollen Umfang erwerben.

Vielmehr muß auch im Verhältnis Bürgschaft—Wechsel das Prinzip der Pflicht zur Ausgleichung nach gleichen Teilen zur Anwendung gelangen.

---

[30]) Das gleiche gilt für den Hypothekenbesteller bzw. Verpfänder.
[31]) Vgl. S. 58 u., 63 der Arbeit.
[32]) A.M. RG in JW 26, S. 2909.

Bürge[33]) und Wechselverpflichteter sind einander im Zweifel kraft Gesetzes zu gleichen Teilen zum Ausgleich verpflichtet. Daher kann der den Gläubiger befriedigende Bürge die Rechte aus dem Wechsel, auf dessen Aushändigung er einen Anspruch hat, gegen den Wechselverpflichteten nur zu gleichen Teilen geltend machen und dieser erwirbt, wenn er den Gläubiger befriedigt, mit der Hauptschuld, deren Abtretung er verlangen kann, ebenfalls nur zu gleichen Teilen die Bürgschaft.

IV. Zusammenfassung.

Die Untersuchung des Verhältnisses von akzessorischen zu nicht akzessorischen Sicherheiten hat folgendes ergeben.

Auf die nicht akzessorischen Sicherheiten findet der § 401 BGB infolge ihrer Rechtsnatur keine unmittelbare, sondern nur entsprechende Anwendung. Die Besteller akzessorischer Sicherheiten, die mit denen nicht akzessorischer Sicherheiten zusammentreffen, haben daher, wenn sie den Gläubiger befriedigen, nur einen Anspruch auf Übertragung der nicht akzessorischen Sicherheiten.

Andererseits erwerben die Besteller nicht akzessorischer Sicherheiten, wenn sie den Gläubiger befriedigen, kraft Gesetzes nicht die Hauptschuld, und daher auch nicht die für diese einstehenden akzessorischen Sicherheiten, da es an Gesetzesbestimmungen fehlt, die derartiges vorschreiben.

Jedoch stehen ihrer wirtschaftlichen Natur nach die Grundschuld der Hypothek, das Sicherungseigentum und die Sicherungsabtretung der Verpfändung und der Wechsel der Bürgschaft, wenn sie eine persönliche Schuld sichern, so nahe, daß die Besteller der nicht akzessorischen Sicherheiten, wenn sie den Gläubiger befriedigen, einen Anspruch haben, genauso gestellt zu werden, wie die Besteller jener akzessorischen Sicherheiten. Daher haben sie Anspruch auf Abtretung der Hauptforderung und erwerben mit dieser die für sie bestehenden akzessorischen Sicherheiten.

Jedoch gilt auch im Verhältnis akzessorischer zu nicht akzessorischen Sicherheiten, da es sich um mehrere Drittsicherheiten für dieselbe Forderung handelt, das Prinzip der „Pflicht zur Ausgleichung nach gleichen Teilen". Daher besteht auch im Verhältnis von akzessorischen zu nicht akzessorischen Sicherheiten kraft Gesetzes im Zweifel eine Pflicht zur Ausgleichung nach gleichen Teilen und deshalb steht dem Sicherungsgeber, der den Gläubiger befriedigt, nur insoweit die andere Sicherheit zur Verfügung.

---

[33]) Das gleiche gilt für das Verhältnis des Hypothekenbestellers bzw. Verpfänders zum Wechselverpflichteten.

Schluß.

Wenn noch einmal alle Ergebnisse, die bei der Prüfung der einzelnen Verhältnisse von Drittsicherern gefunden wurden, überblickt werden, so ergibt sich, daß bei allen, — bis auf die Gesamthypothek, die in § 1173 BGB eine Sonderregelung erfahren hat — kraft Gesetzes im Zweifel eine Pflicht zur Ausgleichung nach gleichen Teilen besteht und daher nur insoweit der Sicherungsgeber, der den Gläubiger befriedigt, die anderen Sicherheiten zur Verfügung hat.

Diese Lösung ist für alle Beteiligten gerecht und daher billig. Denn weder bevorzugt noch benachteiligt sie einen der Sicherungsgeber, sondern verteilt auf alle in dem gleichen Maße die Last, wenn einer von ihnen den Gläubiger anstelle des Hauptschuldners befriedigen muß. Der wirtschaftliche Schaden, den dieser Sicherheitssteller erlitten hat, wird im wahren Sinne des Wortes unter allen Sicherheitsleistenden, die für dieselbe Forderung einstehen, „ausgeglichen".